

OBSERVACIONES SOBRE LA TUTELA CAUTELAR EN LA NUEVA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE 1998. ¿TIENEN EFECTIVA POTESTAD DE ACORDAR TUTELA CAUTELAR LAS SALAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA Y DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Por
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. LA ENFÁTICA AFIRMACIÓN DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS SOBRE LA MEJORA SUBSTANCIAL DE LA REGULACIÓN ANTERIOR.—II. EL CRITERIO DE QUE «LA BASE» PARA ACORDAR CUALQUIER MEDIDA CAUTELAR HA DE PARTIR DE UNA «VALORACIÓN MOTIVADA DE TODOS LOS INTERESES EN CONFLICTO» RESULTA INCOMPATIBLE CON LA CALIFICACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA CAUTELAR COMO INCLUIDO EN EL DERECHO FUNDAMENTAL DEL ARTÍCULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN. AL JUEZ NO TOCA «PONDERAR INTERESES», SINO APLICAR EL DERECHO. LA CORRECCIÓN INTERPRETATIVA DEL PRECEPTO CONFORME A LA CONSTITUCIÓN.—III. EL CRITERIO LEGAL DEL OTORGAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CUANDO SIN ELLAS PUDIERA PERDERSE LA FINALIDAD LEGÍTIMA DEL PROCESO Y SU PROCEDENCIA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. SU EQUIVALENCIA A LA DOCTRINA DEL PERJUICIO IRREPARABLE. SI SE TRATASE DE LA VERDADERA CLAVE EN LA MATERIA HABRÍA QUE APLICAR MEDIDAS CAUTELARES A SERIES ENTERAS DE PROCESOS, INCLUSO A LOS ABUSIVOS CLARAMENTE O A LOS QUE INCLUYAN CAUSAS DE INADMISIBILIDAD. LA INAPLICACIÓN DEL CRITERIO EN LA PRÁCTICA POR LA APRECIACIÓN IMPLÍCITA POR EL JUEZ DE LAS POSIBILIDADES REALES DEL RECURSO O *FUMUS BONI IURIS*. LAS RAZONES DE ESTE PRINCIPIO: LA DESNATURALIZACIÓN NORMAL DEL PROCESO POR EL INCUMPLIDOR DE LA LEY CONTRA QUIEN PRETENDE SU CUMPLIMIENTO. «LA NECESIDAD DEL PROCESO PARA OBTENER RAZÓN NO DEBE CONVERTIRSE EN UN DAÑO PARA QUIEN TIENE LA RAZÓN»; LA DEVOLUCIÓN AL PROCESO DE SU FUNCIÓN PROPIA FRENTE A SU CORRUPCIÓN Y DESNATURALIZACIÓN.—IV. LA ADMISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES INDETERMINADAS Y LOS RIESGOS DE LA FÓRMULA LEGAL.—V. LA FALTA DE MEDIDAS CAUTELARES O PROVISIONALES AUTÓNOMAS Y NO INCIDENTALES DE UN PROCESO PRINCIPAL. LA FUNCIÓN DE ESTAS MEDIDAS. EL CARÁCTER OBLIGATORIO DE LAS MISMAS PARA LA JUSTICIA ESPAÑOLA COMO CONSECUENCIAS DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA. LA INADMISIBLE AFIRMACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE QUE EL SISTEMA COMÚN DE LA LJ SE AJUSTA AL CONTENIDO DE ESAS DIRECTIVAS. EL EJEMPLO DEL *REFERÉ* PRECONTRACTUAL FRANCÉS. OBLIGACIÓN DE LOS TRIBUNALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS DE APLICAR DIRECTAMENTE LAS DIRECTIVAS.—VI. LA IMPERFECCIÓN DEL RÉGIMEN PROCESAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LJ: A) *La impugnabilidad en casación de los autos de medidas cautelares acordados por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores y de la Audiencia Nacional y efectos suspensivos de esa casación. La intercalación de un proceso casacional entre una medida cautelar y su eficacia hace perder a tales medidas toda su significación. Inaplicabilidad de la técnica de la ejecución provisional de las sentencias o autos recurridos en casación por la admisión de otra casación suspensiva contra los autos que acuerden dicha ejecución. El fatal perjuicio irreversible. Concentración en el Tribunal Supremo de la facultad de acordar medidas cautelares en toda la materia susceptible de casación de competencia de las Salas de los Tribunales Superiores y de la Audiencia Nacional. Tributo rendido a la arcaica concepción que considera indeseable cualquier medida cautelar contra la Administración. Inconstitucionalidad manifiesta de la LJ en este punto por violación del artículo 24 de esta regulación.* B) *La rigidez procesal sobre el planteamiento y la corrección de las medidas cautelares.*—VII. LA NECESIDAD IMPERATIVA DE UNA REFORMA URGENTE DE LA LJ, POR VULNERAR UN DERECHO FUNDAMENTAL Y LOS «VALORES SUPERIORES» DE LA LIBERTAD, LA JUSTICIA Y

LA IGUALDAD. JUSTIFICACIÓN DE UN DECRETO-LEY, AUNQUE LA OCASIÓN JUSTIFICARÍA UNA REFORMA COMPLETA DEL TRATAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

I

La contestación al interrogante final que titula este trabajo puede parecer, a primera vista, provocativo inútilmente: no sólo existe tal tutela cautelar, sino que la misma se ha visto notablemente ampliada y reforzada por la nueva regulación.

Así lo afirma con énfasis la Exposición de Motivos de la nueva Ley (Ley 29/1998, de 13 de julio; en adelante, LJ). En el apartado VI.5 de esta Exposición, que es, por cierto, el cierre de la misma, se afirma, en efecto:

«De las disposiciones comunes sobresale la regulación de las medidas cautelares. El espectacular desarrollo de estas medidas en la jurisprudencia y la práctica procesal de los últimos años ha llevado 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 cautelares posibles y determina los criterios que han de servir de guía a su adopción.

Se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario.

La Ley aborda esta cuestión mediante una regulación común a todas las medidas cautelares, cualquiera que sea su naturaleza. El criterio para su adopción consiste en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero *siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto*.

Además, teniendo en cuenta la experiencia de los últimos años y la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso contencioso-administrativo, la suspensión

de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La Ley introduce, en consecuencia, la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares. Corresponderá al Juez o Tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias. Se regulan medidas *inaudita parte debitoris* —con comparecencia posterior sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada—, así como medidas previas a la interposición del recurso en los supuestos de inactividad o vía de hecho».

El legislador, pues, parece haber tenido una clara conciencia de que ha puesto en pie un sistema de medidas cautelares especialmente avanzado y eficaz. Supongo que a los autores de la Ley y de las frases transcritas les sorprenderá notablemente la duda sobre la efectividad de la reforma en este punto, duda que me he permitido anunciar ya desde el título mismo de este comentario.

Voy a hacer a continuación un análisis directo de la nueva regulación legal en sí misma, renunciando a planteamientos teóricos generales (que acaso pueda obviar remitiendo a mi libro *La batalla por las medidas cautelares*, 2.^a ed., Madrid, 1995, más su complemento en comentarios jurisprudenciales posteriores en los números 88 de «REDA» y 142 de esta REVISTA).

II

Podría iniciarse nuestra crítica a la Ley, sea cual sea la idea que sus autores tengan de la misma, a propósito de la sorprendente elevación a punto central de la aplicación de las medidas cautelares del criterio (siempre «sobre la base», dice la Exposición de Motivos) de la «ponderación motivada de todos los intereses en conflicto» (para lo cual el art. 130.1 exige una «valoración circunstanciada» de los mismos), olvidando completamente, lo que podría tildarse de cualquier manera menos de involuntario (1), el criterio del *fumus boni iuris*, o

(1) Aunque en forma imperfecta, el Proyecto de Ley que dio origen a la LJ decía en su artículo 124 que las medidas cautelares «podrán acordarse cuando existan dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa a que se refieran», y así lo justificaba la Exposición de Motivos. Los dictámenes previos del Consejo de Estado y del Consejo General del Poder Judicial fueron explícitos con la doctrina del *fumus*.

de la seriedad de las pretensiones de fondo a cuyo servicio se pretenden las medidas cautelares. Se ha salvado, al menos, aunque a mi juicio de manera incompleta, el requisito de la urgencia, o *periculum in mora*, en la forma insuficiente de que la no adopción de las medidas cautelares haría perder la finalidad del recurso, aunque sin aludir al tema de la perentoriedad de la mora —como luego veremos—.

Erigir en «base», nada menos, de todo el sistema cautelar un «conflicto» de intereses que los Tribunales deben necesariamente «ponderar» de manera «circunstanciada» parece un reconocimiento de algo contrario al planteamiento que de la justicia cautelar ha hecho nuestro Tribunal Constitucional a partir de sus básicas Sentencias de 17 de diciembre de 1992 y 29 de abril de 1993, que ha incluido resueltamente el derecho a la medida cautelar en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución. Es cierto que esta naturaleza del derecho a la tutela cautelar la reconoce la Exposición de Motivos que hemos transcrito (párrafo segundo del texto reproducido más arriba), aunque el mismo lo atribuye a «la jurisprudencia», sin especificar que es precisamente la jurisprudencia constitucional, que es expresión de la Constitución misma y que por ello precisamente tiene valor bastante superior a la jurisprudencia ordinaria, como resulta del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la hace de aplicación obligatoria para todos los jueces y Tribunales como interpretación de la Constitución, cuya aplicación prioritaria en toda clase de procesos proclama dicho artículo. La idea del conflicto, al parecer ineludible, entre los intereses de las partes que suscitaría toda solicitud de medidas cautelares se especifica en el artículo 130.2 de la LJ, que se refiere precisamente a un conflicto entre el interés de quien solicita las medidas con «los intereses generales o de tercero». Pero si la solicitud de medida cautelar se apoya, en efecto, en el derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución resulta difícil, en principio, oponer al mismo un «interés general» de la Administración o el particular de un tercero ni tratar de dicha oposición como si de un verdadero conflicto se tratase. *Todo proceso es un conflicto*, por supuesto, pero que *debe resolverse según la norma objetiva aplicable y no por una «ponderación» de los intereses que subyacen al mismo*. Y ponderación, ¿con qué criterio?: ético, político, a ojo de buen cubero..., porque la decisión definitiva del conflicto que subyace al proceso no ha de hacerse en virtud de tal ponderación, sino aplicando el Derecho, simplemente, que es el único criterio con el que se resuelven los conflictos en una sociedad libre y regulada. *Dura lex, sed lex*. El juez, en el Estado de Derecho, no administra una «justicia del cadí», según su libre apreciación de los intereses en conflicto, sino «sometido al imperio de la ley», precisa el

artículo 117.1 de la Constitución, ley cuyos mandatos ha de trasladar a su sentencia (2).

Esa invocación del artículo 130.1 LJ a la «ponderación de intereses» es una peligrosa llamada a la arbitrariedad, que el artículo 9.3 de la Constitución erradica resueltamente del sistema, y sólo se explica por la inercia arcaizante de considerar algo anómalo en el sistema jurídico de la Administración que se puedan paralizar, condicionar o sustituir por el juez sus decisiones supuestamente soberanas. No es posible, en efecto, leer el artículo 24 de la Constitución (de cuya aplicación sabemos que se trata) en el sentido de que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión» *con el aditamento de que esa tutela ha de condicionarse a que no perturbe el «interés general»* o el propio de un tercero.

El equívoco que introduce la calificación de general del interés propio de la Administración es aquí especialmente grave, puesto que la Administración siempre invocará dicho interés público como gestora autorizada que es del mismo por su propia posición constitucional (art. 103.1: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales»). Pero ese título abstracto e inespecífico no le otorga la menor posibilidad de quebrantar el derecho de nadie (por ejemplo, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que los ciudadanos ostentan), siquiera sea porque el propio artículo 103.1 de la Constitución, tras atribuir a la Administración ese papel de gestor del interés general (gestión que, además, ha de hacer «con objetividad»), añade: «con sometimiento *pleno* a la Ley y al Derecho»; el interés cualificado que gestiona podrá tener en las leyes —y tiene normalmente— un tratamiento protector preciso, pero en modo alguno es admisible que sea un título genérico que la autorice inespecíficamente a quebrantar las propias leyes y, más en particular, el ejercicio de derechos fundamentales. Pues, en efecto, aparte de ese sometimiento genérico a la Ley y al Derecho, a la Administración como poder público le alcanza de lleno la regla sustancial del artículo 53.1 de

(2) En pruebas este trabajo, puedo leer la excelente monografía de J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid, 2000. El concepto de «ponderación», actualmente un tema de moda en el Derecho Público alemán (*Abwägung*), se predica más bien de decisiones públicas (el legislador, la Administración planificadora, la Administración discrecional), sin perjuicio de su posible control por el juez, pero este control lo es de legalidad, precisamente (pág. 1049, cfr. pág. 163). El autor no toca la explícita alusión a la ponderación del artículo 130 LJ. Pero en todo caso, sí afirma, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, que «el contenido de los derechos fundamentales, en principio, sólo puede limitarse en virtud de una ponderación con otros bienes, derechos o principios que cuenten con reconocimiento constitucional» (pág. 60).

la Constitución, que precisa que «los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo vinculan a todos los poderes públicos». *A priori*, pues, no parece haber posibilidad de conflicto alguno. El supuesto mismo enunciado nada menos que como «base» de todo el sistema cautelar en lo contencioso-administrativo no parece caber en el sistema constitucional, simplemente.

Los redactores de la LJ parecen ser tributarios de la vieja concepción absolutista que estimaba implícita en toda Ley y en cualquier derecho de un particular, condicionando su efectividad última, la famosa *clausula salutaris*, que sería la cláusula *salus pública suprema lex esto*, la salud pública, equivalente al interés del Estado, ha de ser la suprema Ley; el Estado policía se caracterizaba así por la sumisión de cualquier derecho al interés del Rey o del Estado (la famosa «razón de Estado»), interés que era el que interpretaban libremente sus ministros, pues nadie por encima de ellos podía contradecirles. Pero es evidente que este modelo no es el del Estado de Derecho que consagra nuestra Constitución, uno de cuyos «valores superiores», según su artículo 1.1, el primero de ellos justamente, es el de la libertad —además de la justicia, puesta al servicio de ella—. La libertad no es, por cierto, una invocación retórica e inespecífica, sino que se concreta precisamente en los derechos fundamentales, los cuales son los «fundamentos del orden político y de la paz social», por lo que son, justamente, «inviolables», precisa el artículo 10.1 de la Constitución. Por ello, el ejercicio de esos derechos no puede condicionarse nunca a las conveniencias de la Administración, por más que ésta gestione intereses generales. Estos intereses no pueden ser opuestos a la efectividad de un derecho fundamental, y quizá menos que a ninguno al de tutela judicial efectiva en el orden contencioso-administrativo.

La LJ sigue, pues, siendo tributaria, como he apuntado, de la arcaica concepción que hacía de la ejecutoriedad de los actos administrativos la esencia misma de la Administración y el punto central de su posición jurídica superior, supuesto lo cual cualquier limitación de esa ejecutoriedad, como siempre implica una medida cautelar en un proceso contencioso-administrativo, será siempre considerada como rigurosamente excepcional y, en principio, odiosa e indeseable. Este es el «conflicto» a que la Ley parece referirse como propio de toda solicitud de medida cautelar. Pero este enfoque no es de recibo, en absoluto. El único conflicto en que puede incurrir el ejercicio de un derecho fundamental es su confrontación con otro derecho fundamental, no con cualquier otro interés secundario. La Administración puede actuar, en efecto, y hay que decir que no es excepcional, al servicio de derechos fundamentales de los ciudadanos. Sólo en es-

tos casos su interés resultará confrontable al de un recurrente que, en uso de otro derecho fundamental, pide al juez una medida cautelar. Lo que en modo alguno cabe es que pueda considerarse cualquier actuación administrativa como determinante de un conflicto con la petición de medida cautelar, conflicto que exija una ponderación por el juez, del mismo modo que tal ponderación no procede en el momento de dictar sentencia sobre el fondo, exactamente igual. La justicia no está supeditada a su compatibilidad con la «razón de Estado», tal como la entiendan sus agentes, ni en fase cautelar ni en fase resolutoria; en nuestro Derecho se opone rotundamente a ello el artículo 24 de la Constitución, y en concreto para la jurisdicción contencioso-administrativa el artículo 103.1, que declara con todo énfasis el «sometimiento pleno [de la Administración] a la Ley y al Derecho», sin condicionamiento alguno, lo que correlativamente impone el sometimiento pleno al juez.

Pero hay otra razón para deducir que el legislador alude justamente al interés genérico de la Administración, cuya tuición benévola pretende confiar al juez contencioso-administrativo, y es el apartado 2 del propio artículo 130 LJ. Apartándose aquí de su modelo, que ha sido, como veremos, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979, artículo 56, ese artículo 130.2 dice lo siguiente: «La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero». El artículo 56.1 de dicha Ley Orgánica decía otra cosa, ésta: «podrá ... denegar la suspensión cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de los *derechos fundamentales o libertades públicas* de un tercero». *¡Se ha sustituido, pues, nada menos, «derechos fundamentales» de un tercero por «intereses» de un tercero!* —y ello para guardar la simetría con el interés de la Administración o general—. Como antes decíamos, sólo con otro derecho fundamental puede colisionar un derecho fundamental; cualquier otro derecho, no digamos ya un simple interés, ha de supeditarse necesariamente a él. Del mismo modo, comprendemos ahora que la «perturbación grave de los intereses generales» será sólo aquella que pueda poner en cuestión derechos fundamentales de otras personas, precisamente (por ejemplo: una perturbación grave del orden público).

Cuando, siguiendo la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades *Factortame I*, de 1990, la Cámara de los Lores inglesa decidió suspender como medida cautelar nada menos que una Ley aprobada por el Parlamento, la *Merchant Shipping Act* de 1988, ante la aparente razón del recurso de los pescadores españoles contra la aplicación de la misma, se podría preguntar si una Ley parlamentaria, específica en la materia, podía considerarse o no de «interés ge-

neral». Sería difícil pretender lo contrario, pero ni el Tribunal comunitario ni los Loes ingleses se dejaron llevar por ese modo de razonar y lo hicieron, simplemente, sobre la apariencia de buen derecho de los recurrentes y dada la urgencia de protegerles de una Ley claramente abusiva. ¿Cabe supuesto más claro que una Ley para poder hablar de un «interés general» cuya ponderación hubiese sido capaz de dejar en segundo lugar el particular derecho e interés de los recurrentes? Nos parece un ejemplo concluyente.

Es, pues, un error inadmisibles haber situado como «base», nada menos, de la decisión judicial sobre medidas cautelares esa famosa «ponderación circunstanciada» del interés del recurrente y del interés de la Administración o de un tercero. El legislador se ha dejado llevar por los intereses prácticos de la Administración como parte, que parecen haber prevalecido sobre los que le correspondían como autor de un Proyecto de Ley que desarrolla un derecho fundamental, Ley que debe adaptarse a la Constitución y desarrollarla; en modo alguno contradecirla.

El principio básico de interpretación de todas las leyes de conformidad con la Constitución, que impone el mismo artículo 5 citado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, obliga, pues, a una reinterpretación correctora y limitativa de ese primer requisito de la tutela cautelar que formula el artículo 130.1 y 2 de la nueva LJ, que, a nuestro modesto juicio, sólo puede ser la de reconducir el conflicto de intereses a ponderar al conflicto con derechos fundamentales, bien de un tercero, bien de los que pudieran resultar protegidos específicamente por la concreta actuación de la Administración de que se trate (3).

Ello no quiere decir, naturalmente, que deban otorgarse por sistema todas las medidas cautelares que los recurrentes soliciten, ni mucho menos. Aquí entra en juego la verdadera motivación de las medidas cautelares, que en modo alguno puede condicionarse a esa pretendida «base» previa.

(3) En la Ley alemana de la Jurisdicción contencioso-administrativa reformada en 1991 el concepto que justifica mantener la ejecutividad inmediata del acto objeto de recurso (frente a la regla del carácter suspensivo general del recurso contencioso-administrativo) está delimitado con el mayor rigor: «cuando la autoridad adopta *en interés público una medida de necesidad, expresamente calificada como tal, en situaciones de peligro inminente, particularmente cuando se deban temer perjuicios para la vida, la salud o la propiedad*» (§ 80.3). Vid. M. BACIGALUPO, *El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán*, en el núm. 128 de esta REVISTA, agosto 1992, pág. 414. Es una construcción estrictamente constitucional, como basada en la regla del artículo 19.4 de la *Grundgesetz*, que no es distinta de la de nuestro artículo 24 CE.

III

La Ley ofrece, en efecto, otro segundo criterio (hay que entender que acumulativo en el ánimo de sus redactores) para resolver las demandas de medidas cautelares: éstas «podrá[n] otorgarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición general pudieran hacer perder su finalidad legítima al proceso».

La fórmula procede de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979, artículo 56, como ya hemos notado más atrás. Una vez superada la «base» de toda petición de medidas cautelares, la compatibilidad de éstas con el interés general que la Administración supuestamente representa, especie, pues, de portillo previo e inexcusable en el ánimo de los redactores de la Ley, entraríamos en la línea argumental específica para determinar si las medidas cautelares que se solicitan proceden o no. Y esta línea argumental parece ofrecer un criterio único y de una objetividad aparente: que si tales medidas no se otorgasen podría perderse la *finalidad legítima del proceso*, esto es, si no entendemos mal, que la sentencia final resultaría ya sin efecto práctico. Aunque debo reconocer que acaso me alcance alguna responsabilidad en la fórmula, que procede, como ya notamos, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979 (en cuya elaboración yo mismo participé, con Jerónimo AROZAMENA y Francisco RUBIO LLORENTE, lo que quizás ahora me dé alguna autoridad para criticarla), debo decir que se trata de una simple versión más conceptuosa de la doctrina del perjuicio irreparable, que estaba ya en la Ley Santamaría de Paredes de hace más de un siglo, de modo que no se trata propiamente de una fórmula avanzada precisamente (4).

Si ese criterio se tratase de la verdadera clave en la materia ocurriría que la simple constatación de su enunciado en el caso concreto debería llevar, necesariamente, al otorgamiento de la medida cautelar para evitar el resultado que trata de evitarse, la frustración del proceso. Pero ocurre que, notoriamente, no sucede así, ni en la larga vida de la Ley Santamaría, ni en la más corta de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ni en la de la LJ de 1956, ni tampoco en la

(4) La equivalencia entre el criterio del artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el del perjuicio irreparable está confesada por el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 238/1992, de 17 de diciembre, FJ 4.º: «La potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de *asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento del órgano judicial*; esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el art. 24.1 de la Constitución) desprovisto de eficacia por la *conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional* en su momento». Obsérvese que en la fecha en que se elaboró la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional estaba aún por venir la revolución de las medidas cautelares.

que está comenzando de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. El juez o Tribunal no se limita, en modo alguno, a comprobar, una vez superado el portillo de acceso de la famosa ponderación de intereses, si lo pretendido en el recurso podría resultar perjudicado gravemente, si no definitivamente, si la medida cautelar no fuese adoptada. Hay infinidad de recursos que cumplen este requisito (por ejemplo: *todas* las impugnaciones de las bases de unas pruebas de selección de personal o de concursos de un contrato público por quienes no cumplen las condiciones que se impugnan, *todas* las impugnaciones de planes o normas urbanísticos por quienes resultan perjudicados por ellos, etc., etc.). Por el contrario, el juez o Tribunal utiliza, además de ese criterio, otro que no parecería propio del *officium iudicis*, puesto que la Ley no lo enuncia expresamente, aunque no por ello deje de aplicarse. Es, en efecto, una experiencia común que ningún juez o Tribunal otorga jamás una suspensión cautelar (no digamos ya medidas positivas) por el simple argumento del daño irreparable si, simultáneamente, no aprecia *prima facie* que el recurso pueda tener éxito en el fondo. Por ejemplo: ninguna duda de que la denegará rotundamente si el recurso no cumple las condiciones elementales de admisión; pero también si es manifiestamente convencional o arbitrario, no digamos ya abusivo, en cuanto al fondo. En estos supuestos, más bien el juzgador entenderá que solicitar la medida cautelar, por más que se cumpla el requisito legal de la frustración del proceso si no llega a otorgarse, *encierra por sí solo un verdadero fraude procesal, fraude, abuso o falta de buena fe que el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial le obliga expresamente a rechazar*.

Lo que resulta anómalo es que no se haya legalizado ese hábito normal, y además obligado, como hemos visto, de la conducta judicial, que hubiese remitido necesariamente a la doctrina del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho. Esta doctrina es la que exhibe sistemáticamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su valiosa y resuelta jurisprudencia en materia cautelar, por mí estudiada (*La batalla por las medidas cautelares*, 2.^a ed., Cívitas, 1995, más los comentarios a los avances jurisprudenciales posteriores a la fecha de esa edición en los núms. 88 de «REDA» —Sentencia *Atlanta*, 1995— y 142 de esta REVISTA —Auto *Antonissen*, 1997—), y ello sobre la base de este principio general del Derecho: «La necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón». Este es el único proceso, el de quien tiene *prima facie* la razón y se ha visto obligado, normalmente por el abuso de la posición procesal de la otra parte, a presentar una demanda, el único proceso cuya frustración (especialmente por la

larga duración del proceso, que proporciona un resguardo cómodo al abuso inicial de quien ha forzado a la otra parte a tener que abrir el proceso, la Administración normalmente en el contencioso-administrativo) ha de tratar de evitar la medida cautelar. Porque, en último extremo, *el sistema de medidas cautelares lo que precisamente pretende es evitar el abuso de los procesos por parte de quienes no tienen ostensiblemente la razón de fondo y que se amparan en él y en las cargas que necesariamente comporta frente a quienes, teniendo la razón, tienen la carga de accionar*, carga que, como es sabido, se organiza normalmente sobre la situación posesoria (5).

El inquilino que no paga la renta debe ser demandado por el arrendador, el deudor que rehúye el pago o lo retrasa sólo el juez podrá ejecutarlo, el Ayuntamiento que opone su silencio a una petición legítima de licencia de construir sólo el juez podrá forzarle a su otorgamiento. *El incumplimiento del deber legal se ve injustamente favorecido por el sistema procesal* porque, primero, el perjudicado tendrá cierta resistencia a abrir un proceso, que implica gastos, molestias, largos plazos de incertidumbre que beneficiarán al incumplidor instalado de hecho sobre intereses que no le pertenecen; segundo, el proceso, inconmensurablemente alargado, como es hoy tan frecuente, y especialmente en la vía contencioso-administrativa, favorece también al incumplidor porque en ese tiempo su deuda dineraria se habrá normalmente devaluado y el disfrute ilícito de la cosa que debe devolver lo mantiene sin gastos, o la ilicitud abierta que el Ayuntamiento ha cometido se mantiene y acaso cuando se rectifique el Alcalde ya habrá concluido su mandato; y tercero, porque la justicia conlleva siempre un elemento de incertidumbre, de modo que, o por defectos de la defensa propia o por cualquier *technicality* desatendida, o por la fragilidad de los juzgadores, acaso más presente en la jurisdicción contencioso-administrativa que en las demás (quién sabe si por la actitud de «deferencia» hacia la *maiestas* pública y a la posición de representantes del pueblo de sus gestores, o a su papel de gestores del «interés general», que el propio art. 130 LJ recuerda, o, en fin, por la no infrecuente falta de especialización de sus servidores), resulta que el que está en situación injusta gana el proceso de fondo. *La medida cautelar inmediata pretende privar de su ventaja abusiva a la parte que se aprecia desde el comienzo que está abusando del proceso y de sus injustas ventajas fácticas, que desnaturalizan propiamente la institución procesal, haciéndola, paradójicamente, un instrumento de la injusticia. Por ello, las medidas cautelares*

(5) Puede verse una reflexión sobre esta perspectiva en mi trabajo *La lucha contra el abuso de los procesos: juicios provisionales y medidas cautelares*, en *La batalla por las medidas cautelares*, cit., págs. 335 y ss.

no son algo anómalo al proceso, una excepción extraña a su exigencia de un debate y una prueba completas, y no sumarias o aproximativas, como llegó a decir, en otros términos, la Exposición de Motivos del Proyecto de LJ de 1995, sino un instrumento que devuelve al proceso su función genuina y que impide su corrupción y desnaturalización por los sujetos, en el caso del contencioso-administrativo por la Administración, normalmente. En este específico y singular sentido las medidas cautelares se insertan en la función propia de la tutela judicial, haciéndola más eficaz y neutralizando el abuso de la misma por las partes cuando intentan ampararse en ella para ponerla al servicio de la injusticia.

Su efecto práctico es invertir la carga de accionar, permitiendo al que sufre la medida defenderse con plenitud en la fase declarativa del proceso, a cuyo efecto la medida cautelar será siempre provisional y no condicionará nunca la decisión de fondo.

Pero resulta que lo que acabamos de enunciar no es sólo una posición doctrinal, sino que es también la doctrina acogida explícitamente por el Tribunal Constitucional, que en varias de sus sentencias ha hablado de que es «suficiente para acreditar una apariencia de buen derecho digno de una tutela judicial preventiva inmediata» (Sentencia de 10 de febrero de 1992); o en la de 29 de abril de 1993 (Sentencia 148/1993) de que el juez «ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del recurso, del retraso en la emisión del fallo definitivo (*periculum in mora*) y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (*fumus boni iuris*)». En el caso concreto fallado por esta última importantísima sentencia (sustitución positiva íntegra por el Tribunal Contencioso-Administrativo de Sevilla de la Orden de servicios mínimos ante una huelga general respecto de los abusivos que había fijado en una Orden general el Gobierno de Andalucía), se trataba, aprecia el Tribunal Constitucional, de «una *manifiesta extralimitación o abuso* en la fijación de los servicios mínimos» por parte de dicho Gobierno, de modo que sin la medida cautelar se hubiera impedido «de modo innecesario e irreversible el ejercicio del derecho de huelga», derecho fundamental según el artículo 28.2 de la Constitución. Así, en este caso paradigmático, defensa de un derecho fundamental sustantivo, legitimó por vez primera el Tribunal Constitucional una explícita y resuelta medida cautelar positiva, con el alcance de una verdadera norma general, medida que el Tribunal Supremo había anulado (aunque luego de haber cumplido la totalidad de sus efectos) por entender que suponía un exceso en la jurisdicción de los Tribunales

contencioso-administrativos, además de *«un grave perjuicio al interés general»!*, nada menos, al que parecía así supeditar el ejercicio del derecho fundamental de huelga. Aquí se ve actuando el efecto perverso del concepto de «interés general» como obstáculo a las medidas cautelares a que antes me referí y que vuelve a recoger como argumento, según sabemos, el artículo 130 de la LJ. Pero la utilización por el Tribunal Constitucional de la doctrina del *fumus boni iuris*, unida a la del *periculum in mora*, infinitamente más matizada que la de la frustración de los fines legítimos del proceso, no se ha quedado en las dos sentencias citadas; podemos citar más sentencias y autos (6), aunque no nos parezca necesario ahora su estudio sistemático.

Queremos sólo significar que el legislador de la LJ de 1998 se ha apartado de manera deliberada, y desde luego errónea, de una línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, esto es, de la Constitución misma por él autorizadamente interpretada, que le vinculaba, como la Constitución vincula siempre a la ley.

No debe dejar de notarse que el propio Ministerio de Justicia, que promovió por sí solo la nueva LJ, con inexistentes o al menos no conocidas asistencias externas, acaba de acoger al redactar la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) la doctrina de la «apariencia de buen derecho» («juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión») y del «peligro por la mora procesal», artículo 728.

No pretendo, bien entendido, hacer una exposición sistemática del Derecho de las medidas cautelares, como ya advertí al comienzo de esta reflexión (7).

IV

Un progreso indudable ha supuesto la admisión explícita por la LJ de una pluralidad abierta de medidas cautelares: «cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia», dice exactamente el artículo 129.1. Incluso hay que admitir que esta apertura afecta también al supuesto en que se impugne una disposición general, pues el párrafo 2 del mismo artículo 129 dice: «Si se impugnare una disposición general y se solicitare la suspensión de la vigencia de los precep-

(6) Sentencia 105/1994, Auto 116/1995.

(7) Me permitiré sólo formular una remisión genérica al excelente tratamiento que de la materia, aun sobre el pie forzado de la mediocre regulación de la nueva LJ, se ofrece por el Magistrado José Antonio XIOL en la obra *Práctica procesal contencioso-administrativa*, tomo IX, Barcelona, 1999, págs. 463 y ss. También, M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Madrid, 1999.

tos impugnados...»; se admite, pues, que quepa solicitar otras medidas distintas. La Sentencia constitucional 148/1993, a la que ya nos hemos referido, aceptó como legitimada en el artículo 24 de la Constitución nada menos que la redacción enteramente nueva de la disposición impugnada (Orden de servicios mínimos a mantener durante una huelga general), lo cual parece ser el mayor extremo imaginable y no, naturalmente, normal ni fácilmente generalizable, pero perfectamente justificada en el caso.

Esta cláusula abierta es elogiada, sin duda alguna, pero nos parece que hubiese sido deseable, como ocurre en otros Derechos, una enumeración de las normalmente disponibles, al menos *ad exemplum*, para no dejar al juez perplejo ante la total falta de enunciado de las medidas a su alcance, que parece apelar a su invención personal, lo que le intranquilizará normalmente, precisamente por su buen hábito de aplicador legal. Bueno es que el legislador confíe en el juez, pero ya no es tan bueno quizás que le confíe enteramente la configuración de instituciones apenas aludidas por una rúbrica genérica. Bajo el manto de generosidad, en realidad la fórmula puede ocasionar retracción a la hora de sus aplicaciones. Aquí la jurisprudencia tiene un campo importante para matizar y afinar. Es de esperar que, si acierta a superar el estrecho cauce con que los dos requisitos superpuestos del artículo 130.1 ha intentado compensar la generosidad de la ilimitación de medidas, esto es, si recordamos, la «valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto» y el criterio de la frustración de «su finalidad legítima al recurso», la jurisprudencia tenga ocasión de construir una doctrina sólida y la decisión de hacerlo, doctrina bien necesaria como hemos notado, sobre este *numerus appertus* de las medidas cautelares necesarias u oportunas.

V

Un reproche claro que ha de hacerse a la regulación de las medidas cautelares en la nueva LJ es su desconocimiento completo de la técnica de las medidas cautelares independientes (aquí habría de hablarse de provisionales, más bien), no incidentales o accesorias de ningún proceso principal al que procuran servir y cuya decisión final asistir, con el fin, como sabemos, de que «su finalidad legítima» no quede frustrada.

Estas medidas son también ignoradas, incomprensiblemente, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, salvo en la forma tradicional del juicio ejecutivo (certeramente calificado de medida cau-

telar por la Sentencia constitucional de 10 de febrero de 1992), que subsiste como un privilegio histórico vinculado a documentos públicos y a la letra de cambio. A esta figura se ha añadido la novedosa fórmula del proceso monitorio (arts. 812 y ss.), que no tiene propiamente naturaleza cautelar, puesto que remite al juicio declarativo plenario en caso de oposición, pero que no es más que un adelanto parcial de origen germánico a la fórmula hoy general, y mucho mejor configurada, a mi modesto juicio, del *référé provision* (que no se limita a ninguna cuantía, como el monitorio se ha reducido convencionalmente a la de cinco millones de pesetas y cuya decisión inmediata no tiene fuerza de cosa juzgada), fórmula de origen francés, recibida hoy en muchos otros países y, por de pronto, hecha suya por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Auto de su Presidente *Antonissen*, de 29 de enero de 1997 (comentada por mí en el núm. 142 de esta REVISTA) (8). Se trata de juicios rápidos, provisionales, que dan la razón inmediatamente a quien exhibe una posición seria frente a la cual el demandado no opone razones aparentemente consistentes (una aplicación del principio del *fumus boni iuris*, como reconoce el citado Auto del Tribunal de Justicia), y cuyo fallo no produce fuerza de cosa juzgada, pudiendo quien lo pierde abrir ulteriormente un juicio declarativo plenario. Es, finalmente, una técnica de desplazar de su posición de ventaja al poseedor que

(8) Parece claro que los procesalistas autores de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil siguen siendo tributarios de los viejos prestigios del Derecho Procesal clásico de origen germánico y que mantienen el tradicional desdén que sus predecesores sostuvieron sobre el Derecho Procesal francés. Sin embargo, en materia de *référé*s (que incluye tanto medidas cautelares accesorias de un proceso principal como autónomas o independientes —juicios rápidos y sumarios, cuya única función es desplazar de su situación de ventaja al poseedor incumplidor, a quien se deja siempre abierta la posibilidad de montar, a su iniciativa, un juicio declarativo, que en la práctica, como ocurre entre nosotros en los casos de los juicios ejecutivos o los interdictos, sólo muy excepcionalmente llegan a abrirse—, así como el montaje de un orden jurisdiccional propio para la jurisdicción de *référé*, nada menos) la legislación y la práctica procesal francesa es hoy ejemplar en el panorama europeo y los demás sistemas procesales se están también acercando rápidamente a él. El famoso juicio monitorio, que tanto parece exaltar a nuestros procesalistas (como pude comprobar en mis lejanos tiempos de estudiante, hace más de medio siglo ya), está perfectamente superado, según entiendo, en las técnicas de *référé provision*, que no está limitado por cuantía ninguna y cuya aplicación al contencioso-administrativo fue decidida en Francia misma en 1988 (Decreto núm. 907, de 2 de septiembre), y que utiliza también el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como hemos visto. Han comenzado a utilizarlo, por cierto, nuestros Tribunales contencioso-administrativos, en concreto la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, según el comentario de Olga HERRÁIZ en el núm. 142 de esta REVISTA, diciembre de 1998, págs. 141 y ss. (¡excelente Auto, por cierto!). Sería lamentable que, en virtud del principio de supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil (disposición final primera de la LJ y art. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000), algún juez o Tribunal contencioso-administrativo pudiese entender que la medida cautelar de provisión o pago anticipado de las deudas de cantidad contra la Administración tuviese el límite cuantitativo que para el proceso monitorio (aunque no esté configurado como proceso cautelar, según ya notamos) establece el artículo 812 LEC.

obliga a quien tiene la razón a accionar judicialmente para desposeerle, haciendo de esta ventaja fáctica un motivo para no cumplir sus obligaciones. Estos *référé*s vuelcan inmediatamente la situación, privando al incumplidor, al injusto, de la ventaja posicional que le da el hecho de que quien tiene una fuerte apariencia de razón frente a él tenga que montarle un proceso declarativo y esperar los largos años que normalmente tardará el proceso a llegar a sentencia firme. Como consecuencia de la inversión de posiciones procesales que el *référé* produce, se impone inmediatamente la obligación de cumplir lo debido al incumplidor, dejándole, no obstante, la posibilidad de impugnar la decisión en un juicio declarativo, que, ciertamente, en la inmensa mayoría de los casos (como es notorio que ocurre en los casos que nosotros conocemos: juicios ejecutivos e interdictos) no llega ni siquiera a abrirse.

Pero la técnica general del *référé*, cuya mejor traducción puede ser la de juicios sumarios normalmente provisionales o sin fuerza de cosa juzgada, tiene muchas más manifestaciones. Es una genuina creación francesa, con influjo en casi toda Europa y desarrollada sobre todo a partir de los años setenta, hasta el punto de haberse organizado un orden judicial especial dedicado exclusivamente a su tramitación y resolución. En la materia contencioso-administrativa está ahora mismo tramitándose ante el Parlamento francés una Ley general de procedimientos de *référé*, que generaliza resueltamente la fórmula (9).

Lo que me importa precisar es que la técnica general de los *référé*s autónomos no es ya simplemente una moda, sino algo que resulta rigurosamente preceptivo para el Derecho español en la medida en que dicha técnica ha sido plenamente recibida por el Derecho Comunitario, que la ha impuesto en Directivas que aún no han sido transpuestas a nuestro Derecho. Esta situación de incumplimiento no ha sido rectificada por la LJ de 1998 (ni por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en sus sucesivos textos y revisiones), lo cual implica que tales Directivas son ya directamente aplicables ante nuestros Tribunales. El caso más claro es en materia de contratos públicos, en la cual las llamadas Directivas «de recursos» del Consejo, una la 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, en cuanto a la adjudicación de los contratos públicos de obras públicas y suministros, y otra la 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, sobre formalización de contratos de los inicialmente llamados «sectores excluidos» (que son, paradójicamente, los incluidos en la normativa

(9) *Projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives*, núm. 269. Presentada al Senado en la sesión de 17 de marzo de 1999.

comunitaria: agua, energía, transportes y comunicaciones). Estas Directivas han incluido previsiones explícitas sobre la introducción de un sistema de medidas cautelares autónomas para garantizar el cumplimiento de las normas de adjudicación. Los Considerandos o motivación de la Directiva 89/665 notan con toda explicitud que

«los actuales mecanismos destinados a garantizar la aplicación [efectiva de las normas de adjudicación], tanto en el plano nacional como comunitario, no permiten siempre velar por el respeto de las disposiciones comunitarias, *en particular en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse*».

Y también:

«Resulta importante para que tengan efectos concretos que *existan medios de recurso eficaces y rápidos* en caso de infracción del Derecho Comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que transpongan dicho Derecho» (Considerandos 2.º y 3.º).

En la parte dispositiva se impone a los Estados la adopción de medidas que sean necesarias

«para garantizar que *las decisiones de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible*» (art. 1.1).

Los Estados deben velar para que los procedimientos de recurso, precisa el artículo 2, permitan

«*adoptar lo antes posible y mediante procedimientos de urgencia medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados*».

Se precisa que dichos procedimientos han de permitir que se anulen las decisiones ilegales,

«*incluida la supresión de las características técnicas, económicas y financieras discriminatorias contenidas en los documentos de adjudicación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento*» (art. 2.1).

Expresamente se mencionan en el artículo 2.1.a)

«las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación».

A su vez, la Directiva 92/13/CEE, sobre contratación de los llamados sectores excluidos, remite a las fórmulas de la Directiva 89/665/CEE, aunque articula también otros procedimientos (multas reiteradas hasta que la infracción no se corrija y un sistema de conciliación).

Hay que notar que cuando el legislador español transpuso a nuestro Derecho las normas comunitarias sobre contratación (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995) se planteó de forma expresa y abiertamente la oportunidad de incorporar las Directivas «de recursos», cuestión que resolvió negativamente por dos razones, que enuncia así la Exposición de Motivos: «porque la materia de recursos no constituye su objeto, es ajena a la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas», argumento que hubiese tenido que llevar, lógicamente, a retocar la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, lo que no se hizo, por cierto, ni en el Proyecto Belloch de esta Ley, que por entonces se tramitaba en el Congreso, ni en el que dio lugar a la LJ de 1998. Pero la razón sustancial era la segunda: «además, porque *nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales, se ajusta ya a su contenido*».

Esta afirmación, que es la determinante, ha sido sorprendentemente seguida por casi toda la doctrina que se ha ocupado del caso —en realidad, por toda, salvo la reserva inespecífica formulada por un autor— (10).

(10) Así, J. L. PINAR, *El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria*, en «Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia», 76-77, 1992, pág. 15 del primero; SAMANIEGO BORDIC, *El control del Derecho Comunitario de los contratos públicos*, núm. 123 de esta REVISTA, pág. 401; MESTRE DELGADO, *El control de la adjudicación de los contratos públicos a través del Derecho Europeo: una nueva ordenación de las medidas cautelares*, en «Noticias CEE», 74, 1994, págs. 35 y ss.; GARCÍA DE COCA, *Comentario sobre la Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1989 (89)665/CEE*, en «Castilla y León en Europa. Revista del Centro de Documentación Europeo», 23, 1990, págs. 29 y ss.; MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho Comunitario y Derecho Español*, Madrid, 1996, pág. 206; M. MARTÍN RAZOUÍN, *Contratos públicos y Derecho Comunitario*, Pamplona, 1996, pág. 276 (es este último autor el único que formula alguna reserva: «nuestro ordenamiento no contempla de forma expresa un régimen de medidas cautelares eficaz ..., el paso del tiempo impide en la práctica acudir a la suspensión sin que se causen graves perjuicios»). En mi artículo *Sobre la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa: una réplica*, publicado en la revista «Otrosí» del Colegio de Abogados de Madrid, junio de 1996, y reproducido en mi libro *Democracia, jueces y control de la Administración*, desde su 3.ª edición (ahora en la 4.ª, 1998, págs. 263 y ss.), ya se sostuvo la tesis del texto como un reproche al Proyecto de LJ de 1956, que la LJ de 1998 ha mantenido, incomprensiblemente.

La Ley de 30 de diciembre de 1998, que ha transpuesto las Directivas sobre contratación de los llamados «sectores excluidos» (agua, energía, transportes y comunicaciones), por su parte, tampoco recoge las medidas cautelares en sede judicial que se derivan de la Directiva 92/13/CEE. Pero en este caso puede entenderse que esa omisión resulta parcialmente suplida por la intervención de la Administración, que no es aquí parte contratante (lo son empresas de Derecho privado, tanto en mano pública como privada) y que actúa en función arbitral o de control, con facultades cuyo contenido, artículo 51, es el de las medidas cautelares que la Directiva impone; el artículo 58, en efecto, regula estas curiosas medidas cautelares, que en realidad son bastante diferentes de las previstas en la Ley de Procedimiento Administrativo común, porque se trata de «*corregir* la presunta infracción de los procedimientos» denunciados por el reclamante y de «*impedir* que se causen perjuicios a los intereses afectados, *pu- diendo suspender, en su caso, el procedimiento de adjudicación en curso o la formalización del contrato*». Aunque hay una resolución final, y en este sentido las medidas cautelares son previas y preparatorias de esta resolución, de hecho ésta (art. 62) no hace sino confirmar o, en su caso, rectificar las medidas iniciales, adoptando una posición activa y correctora de la actuación de la empresa contratante, en concreto: *anular las decisiones de la entidad contratante, «incluyen- do la supresión de las características técnicas, económicas o finan- cieras discriminatorias contenidas en el anuncio licitatorio», los anuncios de ésta, la propia convocatoria de licitatorios, los pliegos de condiciones o cualquier otro documento relacionado con el procedi- miento de adjudicación en cuestión; si el contrato estuviese ya for- malizado, podrá declarar la obligación de indemnizar al interesado si ha habido incumplimiento de lo previsto por la Ley. Notemos, sin embargo, que la intervención de control de la Administración no es en sí misma, como resulta obvio, una «tutela judicial» y que en este sentido no cumple en su plenitud la Directiva aplicable.*

Es justamente ese contenido el que las Directivas imponen al procedimiento sumario y urgente que ordena organizar a los Estados con la finalidad de que se produzca la efectiva concurrencia en las ofertas, que es la finalidad que persigue el Derecho Comunitario. Me parece evidente que ese contenido no cabe en la práctica en el funcio- namiento real de nuestro contencioso-administrativo. Bastará acudir al ejemplo de los Derechos nacionales que sí han transpuesto el Derecho Comunitario. Tomaremos el caso del Derecho francés, en el que se ha introducido como un procedimiento especial el llamado *référé précontractual*, en el cual, dice CHAPUS, el juez dispone de po- deres que en un proceso ordinario no tiene (R. CHAPUS, *Droit du con-*

tentieux administratif, 7.^a ed., París, 1998, pág. 1152). Lo característico de este *référé*, justamente, es que es autónomo y no incidental de un proceso principal, según la técnica a que ya hemos aludido; se le ha llamado por TERNEYRE un «recurso contencioso-administrativo de tercer tipo». Se ha introducido por vía legal en 1992, con reformas en 1993 y 1997. Se trata de una actuación rápida e inmediata del juez contencioso-administrativo para aplicarse en caso de infracción de las normas de publicidad y de bases de la licitación. El juez dispone, por de pronto, de «medidas provisionales», que serían las verdaderas medidas cautelares, con las que puede ordenar a la entidad contratante de atenerse a sus obligaciones incumplidas, o bien la suspensión de la adjudicación del contrato. Pero lo importante es que la sentencia definitiva se pronuncia precisamente sobre esas mismas cuestiones: «ordena, suspende, anula, suprime» («poderes notablemente enérgicos», nota CHAPUS). El recurso no es admisible si ya está adjudicado el contrato, de modo que su fin específico se dirige a que éste llegue a formalizarse en las condiciones de publicidad y competencia abiertas, que es el fin primordial de las normas comunitarias.

Me parece claro que este contenido es prácticamente imposible con el sistema de la LJ, por más que ésta deje abierta la posibilidad de cualquier medida cautelar. Primero, porque es normal que los acuerdos de contratación no «causen estado», de modo que el acceso al contencioso estará cerrado por la necesidad de agotar una vía administrativa previa. Segundo, porque, en el régimen ordinario, los anuncios licitatorios serán considerados normalmente actos de trámite y, por ello, no recurribles. Tercero, porque la extremada urgencia con la que habría de tramitarse por la vía cautelar la adopción inmediata de medidas no es, hoy por hoy, fácilmente imaginable en nuestra práctica contencioso-administrativa. Cuarto y sobre todo, porque dado que las medidas cautelares son en nuestra LJ preparatorias e incidentales de un proceso principal, habría que organizar el proceso como un recurso principal contra los actos que preparan la adjudicación de los contratos y, una vez obtenidas las medidas cautelares, si las mismas llegasen a tiempo, desistir del proceso principal después de que la operación de contratar se hubiese consumado según esas medidas cautelares, que, además, han de ser precisamente medidas positivas, de corrección de los pliegos o de los anuncios, lo cual, ante la falta de práctica de nuestros Tribunales, supone una complicación añadida.

Hay que decir que, en la situación actual de nuestro Derecho, que no ha previsto de manera expresa, como sabemos, esta actuación rápida, inmediata y autónoma respecto de un proceso principal de los

jueces en la fase precontractual, los Tribunales tendrían la obligación de aplicar directamente el texto de las Directivas, según el régimen común que el Derecho Comunitario supone en el supuesto de defecto de transposición de dichas Directivas. Sólo por esta vía podría suplirse la evidente omisión del legislador en la materia.

VI

Con todo, donde más manifiestas son las imperfecciones de la nueva regulación de las medidas cautelares en la LJ de 1998 es en el régimen procesal de las mismas.

A) Puede decirse que, en cuanto a los poderes judiciales para acordarlas, ese régimen es correcto en cuanto se refiere a los procesos ante los Juzgados de lo contencioso y a los de única Instancia ante el Tribunal Supremo (art. 12 LJ). Respecto a los primeros, baste notar que los autos dictados por los Juzgados que ponen término a la pieza separada de medidas cautelares son apelables «en un solo efecto», según el artículo 80 LJ, de modo que sus efectos serán inmediatos. A su vez, los que acuerde la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sólo son susceptibles de recurso de súplica, artículo 79.1, pero «sin perjuicio del cual se llevará a efecto la resolución impugnada», esto es, la medida cautelar será inmediatamente ejecutiva.

Situación completamente distinta es la de las resoluciones en materia cautelar que dicten las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional. Como consecuencia de la configuración del recurso contra sus decisiones definitivas ante el Tribunal Supremo como una casación y no como una apelación, el legislador ha generalizado el sistema de que ese recurso lo sea siempre a doble efecto, como resulta del régimen del artículo 91 LJ. Hay que notar, en primer término, que la totalidad de los actos que los Tribunales Superiores y la Audiencia Nacional dicten en materia cautelar se declaran expresamente susceptibles de recurso de casación, según el artículo 87.1.b) (son susceptibles de casación los autos «que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares»). Hay que entender, en todo caso, que esa susceptibilidad de casación de los autos se refiere sólo a los procesos con cuantía superior a 25 millones de pesetas y cuyo Derecho aplicable sea estatal o comunitario europeo, conforme al artículo 86.2, 3 y 4 (también se excluyen, pues, los procesos en materia de personal, con las excepciones de acceso y separación definitiva,

electoral y derecho fundamental de reunión), siempre que no se esté impugnando una disposición general, y ello por virtud de la remisión que hace el artículo 87 «en los mismos supuestos que el artículo anterior». La admisión de esa casación *priva, en consecuencia, de ejecutoriedad a tales medidas cautelares, que quedan a resultas de la decisión final del proceso casacional, es decir, pierden toda su eficacia, causando un perjuicio, que será definitivo en la mayor parte de los casos, a la efectividad de tales medidas.*

Unas medidas cautelares cuya razón de ser es el *periculum in mora*, o urgencia perentoria, y que pretenden justamente excluir ese riesgo, perderán normalmente toda su significación si se someten a un largo proceso con una casación incluida, que, juzgando por la práctica habitual, puede llevar varios años para llegar a decisión definitiva y, por tanto, a la posibilidad de entrar en aplicación.

Pero el efecto suspensivo de la casación está contrabalanceado, podría notarse, con la técnica de la «ejecución provisional de la sentencia [o auto] recurrida», según el artículo 91. Esta ejecución provisional la acuerda el Tribunal *a quo*, Tribunal Superior o Audiencia Nacional. Como sólo puede denegarse esta ejecución provisional «cuando pueda crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de difícil reparación», dice el apartado 3 del artículo 91, lo normal en el caso de los autos que otorguen medidas cautelares será otorgarles, puesto que éstas se han dado precisamente para evitar esos perjuicios. Además, hay que notar que en ese momento el *fumus boni iuris* será algo más que una intuición o que un palpito, porque resulta que el auto o la sentencia de fondo, aunque no sean firmes, lo han estimado ya como fundado tras un proceso completo. Pero, con independencia de que, según la experiencia, no todas las Salas *a quo* lo entienden así y no son excepcionales las denegaciones de la ejecución provisional de los autos dictados en materia cautelar, hay que notar que el otorgamiento positivo de la ejecución provisional del auto *¡es él mismo susceptible de recurso de casación según el artículo 87.1.d)!*, precepto que cita, *nominatim*, los autos «dictados en el caso previsto en el artículo 91», recurso de casación que produce nuevo efecto suspensivo. No cabe sobre ello, pues, la menor duda ante esa mención expresa.

Pero, de nuevo, el beneficiado de la medida cautelar, que ha obtenido, además, la ejecución provisional de la misma en tanto se resuelve el recurso de casación contra ella, al recurrir la parte contraria en casación el auto que la concedía, podrá pedir (art. 91) la ejecución provisional de ese auto de ejecución provisional. Resulta completamente absurdo, y más bien kafkiano, este régimen de suspensiones de la ejecución, ejecuciones provisionales acordadas y nue-

vas suspensiones de estas resoluciones de ejecución... y así sucesivamente, porque la cadena no se ve cómo podría interrumpirse (11). Lo que sí se interrumpe, ineluctablemente, es cualquier efectividad de la medida cautelar, que no hay manera de lograr, por cualquier vía procesal, mientras el Tribunal Supremo no confirme, normalmente varios años después, el auto inicial de otorgamiento de las Salas de los Tribunales Superiores o de la Audiencia Nacional, cuando ya, seguramente, el daño resulte irreversible y, por consiguiente, cuando ya el proceso de fondo haya perdido, según la dicción legal que conocemos, toda su finalidad legítima.

Que esa situación no tiene remedio en tanto no se dicte la sentencia o auto resolutorios de las casaciones respectivas, lo confirma otro dado: aunque el artículo 129.1 permite solicitar medidas cautelares «en cualquier estado del proceso», el Tribunal Supremo suele negar que el trámite extraordinario de la casación no es «un estado del proceso» en el que quepa solicitar y otorgar medidas cautelares, negándose a entrar en la materia, simplemente. Es una posición en sí misma bastante discutible, y mucho más tras la situación procesal que la casación produce, y una de las muchas razones que justifican el retorno de la actual casación a la anterior apelación, siquiera sea por respeto a la garantía de la doble instancia y al principio de la efectividad de la tutela.

En otros términos, por debajo de enojosas *technicalities*: puede y debe decirse que en el régimen instaurado por la nueva LJ sólo el Tribunal Supremo tiene competencia para acordar efectivas medidas cautelares, no sólo en los procesos en que actúe en única instancia, sino también en todos los susceptibles de recurso de casación, que son los más importantes de los que conocen en única instancia las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y la de la Audiencia Nacional.

La conclusión es, en efecto, sumamente grave. Cabría imaginar que el legislador ha considerado tan excepcional la adopción de me-

(11) Es digno de notar el esfuerzo de J. A. XIOL por evitar conclusión tan desoladora, en *Práctica procesal contencioso-administrativa*, IX, cit., pág. 605: «Ello no lleva necesariamente a entender que la LJCA no faculta al tribunal de instancia para la adopción de medidas cautelares, sino sólo sobre la ejecución provisional de la sentencia impugnada. En efecto, la interpretación que creemos más aceptable es la de que nada parece impedir que el tribunal a quo pueda adoptar medidas cautelares durante la tramitación del recurso de casación. El reconocimiento de esta potestad, en efecto, parece una consecuencia inherente a la facultad de modificarlas o revocarlas durante el curso del procedimiento (art. 132.1), a la de acordar la ejecución provisional de la sentencia (art. 91.1) y está en consonancia con el principio según el cual las medidas conservan su vigencia hasta que la sentencia gana firmeza, es decir, hasta que se haya resuelto el recurso de casación (art. 132.1)». Es un loabilísimo esfuerzo *pro actione* y en favor de los derechos fundamentales que ojalá que pueda llegar a prevalecer. En todo caso, el autor está pensando, probablemente, en medidas cautelares parciales o conservatorias más que en una potestad plenaria e incondicionada, dado lo inequívoco del texto legal.

didias cautelares contra la Administración, según los planteamientos arcaicos en la materia, ya aludidos, que ha querido asegurarse de que el Tribunal Supremo controle directamente la totalidad de tales medidas, en un ejemplo de desconfianza hacia los órganos jurisdiccionales de competencia normal y general en lo contencioso-administrativo difícilmente igualable. Pero cuesta imaginarse una concepción tan restrictiva de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo actual, que además contradice de modo directo, manifiesto y flagrante la concepción constitucional de las mismas como integradas en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva «sin dilaciones indebidas» que proclama el artículo 24 de la Constitución. *Aquí la intercalación de un recurso de casación entre la adopción de la medida y su aplicación elimina inexorablemente la efectividad que impone el precepto constitucional; es un ejemplo palmario, y difícilmente superable, de una «dilación indebida»*, condenada por dicho precepto. Pero esto es lo que resulta de la nueva LJ, aunque haya que lamentarlo.

Resulta claro que no se trata de un simple error, de un efecto indirecto no buscado. Y ello porque en materia de apelación de las sentencias dictadas por los Juzgados de lo contencioso-administrativo, el artículo 80.1.a) expresamente preceptúa que tal apelación será a un solo efecto respecto de los autos «que pongan término a la pieza separada de medidas cautelares», así como el artículo 83.2 dispone que el efecto suspensivo de la apelación no impide que «el juez, en cualquier momento, a instancia de la parte interesada, podrá adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia», así como el artículo 84, más enérgicamente aún, dispone que «la interposición de un recurso de apelación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida». Al disponer de manera expresa justamente lo contrario en el caso de la casación, resulta manifiesto que el régimen que criticamos y que *equivale a privar de la potestad de acordar medidas cautelares a los principales órganos, los colegiados*, que son, además, los más autorizados, siquiera sea por la universalidad de sus competencias (tienen la competencia «de derecho común», para utilizar la conocida expresión francesa, mientras que la de los Juzgados es sólo «de atribución» y en la práctica excepcional), ha sido un régimen deliberada y conscientemente construido por los autores de la LJ. ¿Por qué?, podríamos preguntar. No se nos ocurre otra respuesta que la que avanzamos como hipótesis: porque se parte de nuevo de la concepción negativa, como excepcional y normalmente indeseable, de las medidas cautelares que puedan adoptarse sobre la *potentior persona* que sería la Administración, apodíctico representante de un interés

general superior a los derechos de los particulares, aunque éstos sean verdaderos y genuinos derechos fundamentales.

Al acordarlo así, resulta manifiesto que la LJ ha incurrido en un flagrante vicio de inconstitucionalidad, por infracción del artículo 24 de la Constitución, precepto en el que el Tribunal Constitucional ha radicado resueltamente el derecho a obtener medidas cautelares.

B) Igualmente, en la regulación procesal debe reprocharse a la nueva LJ la rigidez injustificada que viene a resultar del artículo 132, según el cual «las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme» y sólo «podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieren adoptado». Esta fatalidad definitiva está siendo interpretada por algunas Salas en el sentido de que una denegación inicial de las medidas cautelares solicitadas con el escrito de interposición del recurso impide volver a solicitarlas cuando el juez o Tribunal disponen de mejores elementos de juicio; por ejemplo, tras la demanda (que el art. 129.2 utilice el adversativo «o» al decir que «la petición [de medidas cautelares contra disposiciones generales] deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda» es una aplicación característica del criterio) o después de la prueba, trámites que normalmente permitirán apreciar mejor el *fumus boni iuris* del actor o el abuso procesal de la Administración al haber forzado el proceso a dicho actor, y, por tanto, decidir más atinadamente en el sentido más adecuado al fin propio de la institución. No digamos desde la perspectiva de la Administración que sufre las medidas cautelares, que ha podido demostrar en su contestación a la demanda o en la prueba lo infundado del *fumus boni iuris* abusivamente invocado con éxito por el actor. El carácter provisional de las medidas «provisionales», valga la redundancia, entiendo que debe impedir aquí que juegue cualquier principio rígido y formal de preclusión.

VII

¿Qué hacer ante una situación tan grave como la que ha creado la nueva LJ de despojar en la práctica (fuera de los supuestos no encuadrados en la materia casacionable definida negativamente por el apartado 2 del art. 86) a los órganos generales y comunes de la jurisdicción de la potestad de acordar medidas cautelares?

Lo primero que me parece necesario es una reforma urgente e inmediata de la nueva regulación en este punto de la LJ, urgencia de-

terminada por la grave situación de violación del artículo 24 de la Constitución que dicha regulación comporta. La efectividad de los derechos fundamentales es el primer valor de un Estado de Derecho, y así resulta del enunciado del artículo 10.1 de la Constitución (los derechos fundamentales son «inviolables», porque son «fundamento del orden político y de la paz social»). Puede decirse sin exceso que en esta cuestión están implicados directamente tres de los cuatro «valores superiores» del ordenamiento jurídico que enuncia el artículo 1.1 de la Constitución: la libertad, que se descompone en el respeto a todos los derechos fundamentales y, por tanto, al del artículo 24; la justicia, pues de justicia justamente se trata; y, finalmente, la igualdad; esto último porque tanto la jurisdicción civil como la social no conocen esos extraños recursos de casación en materia de medidas cautelares y de ejecución provisional de las sentencias (12), lo que claramente define una carga exorbitante e injustificada para el justiciable contencioso-administrativo en cuanto al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, carga discriminatoria que ninguna exigencia de funcionamiento de la Administración puede justificar (13). De nuevo se incurre en la vieja concepción de que la jurisdicción contencioso-administrativa sería o debería ser una jurisdicción disminuida y parcial, reducida por referencia a las demás, porque uno de sus sujetos no podría admitir, según algunos creen de buena fe, las cargas de una jurisdicción plenaria.

La urgencia de liberar a los ciudadanos de esa regulación gravemente inconstitucional justificaría sobradamente, a mi juicio, la utilización del Decreto-Ley, artículo 86.1 de la Constitución.

Bien es verdad que estaría justificado también que esta modificación de la LJ no se limitase, en materia de medidas cautelares, al tema del recurso de casación, sino a su regulación sustantiva, tan imperfecta, según hemos tratado de exponer en esta reflexión, aunque acaso sólo el tema de la casación pueda justificar de suyo el Decreto-Ley.

Hay otro motivo que debe impulsar a una nueva redacción de

(12) Sobre esto último, vid. Sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1966 y 15 de noviembre de 1991, y de la Sala 4.^a de 13 de febrero de 1985; citas que tomo de J. A. XIOL, *Práctica procesal contencioso-administrativa*, tomo VI, Barcelona, 1999, pág. 240.

(13) Recordemos que justamente en materia de justicia cautelar el Tribunal Constitucional italiano (Sentencia de 25 de junio de 1985, núm. 190) abrió paso a la aplicación general en los juicios contencioso-administrativos de las medidas cautelares disponibles por las partes en los juicios civiles según el artículo 700 del *Codice di procedura civile*, no previstas en la regulación contencioso-administrativa, en nombre del principio de igualdad de los litigantes, por el que declaró inconstitucional esa restricción. Cfr. L. MAZZAROLI, en la obra colectiva *Diritto Amministrativo*, dirigida por él mismo y otros autores, vol. II, Bologna, 1993, pág. 1659.

toda la materia de las medidas cautelares en la nueva LJ, la circunstancia de que el Estado español está notoriamente en infracción del Derecho Comunitario, al no haber efectuado la transposición de las Directivas «de recursos» en materia de contratación pública, como hemos podido ver. Esta situación de incumplimiento, como es sabido, es por sí sola causa de responsabilidad civil del Estado frente a quienes resulten perjudicados por dicha situación (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas *Frankovich y Bonifazi*, de 1990, y toda la serie ulterior que la ha seguido). Recordemos que la normativa comunitaria en materia de contratación se aplica especialmente respecto de los contratos de grandes cuantías, tanto de la Administración como de las empresas de agua, energía, transportes y comunicaciones. Las grandes empresas contratistas europeas, cuyo acceso a esos contratos garantiza el Derecho Comunitario, pueden sufrir perjuicios económicos elevados si ese acceso no ha podido ser corregido por el *référé* precontractual, como las Directivas han pretendido. Gravitan, pues, sobre el Estado español importantes riesgos económicos que es urgente impedir que se materialicen.

JURISPRUDENCIA

