

La Tutela Cautelar en el Proceso Contencioso-Administrativo desde las últimas orientaciones jurisprudenciales. La influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Abelardo Rodríguez Merino

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad de Valladolid

1. INTRODUCCION.

La tutela cautelar se puede definir, en una mera aproximación a dicho concepto, como el conjunto de mecanismos procesales dirigidos a garantizar la efectividad de la resolución final en el proceso, evitándose, por un lado, la posible frustración del derecho que quiera hacerse valer ante los Tribunales de Justicia, y por otro, tratando de anticipar en el tiempo alguno o algunos de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva.

Se ha venido significando por la doctrina que en el ámbito del proceso contencioso-administrativo la tutela cautelar tiene una especial trascendencia, y ello es así porque en Derecho Administrativo es aplicable, con carácter general, el principio de la inmediata ejecutividad de los actos y disposiciones administrativas, así por ejemplo en los artículos 33 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo, lo que supone que el particular afectado por un acto o disposición administrativa a la hora de formular la pretensión jurisdiccional impugnativa se ve en la situación, algunas veces especialmente gravosa, de que, mientras se tramita el proceso contencioso-administrativo correspondiente, puede sufrir las consecuencias de la aplicación inmediata del acto o disposición impugnados.

La Ley reguladora del orden jurisdiccional

contencioso-administrativo, de 27 de diciembre de 1956, sólo contempla como medida cautelar en dicho orden, utilizable en su caso por el particular afectado por el acto o disposición impugnados, la medida de suspensión del acto o disposición, lo que implica, como luego veremos, la posible paralización de los efectos jurídicos de la actuación administrativa.

Pero además tal medida cautelar, configurada legalmente en el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa antes citada, ha venido siendo otorgada por nuestros Tribunales de forma muy limitada, siendo considerada su adopción como algo muy excepcional hasta fechas relativamente próximos.

En diversos trabajos recientes se ha venido planteando por un exponente de la doctrina administrativa muy autorizado¹, y recogiendo lo acordado por la Sala 3.^a de nuestro Tribunal Supremo en recientes resoluciones inspiradas en la jurisprudencia comunitaria², la necesidad de entender la tutela cautelar como un derecho derivado del constitucional de tutela judicial efectiva, lo que puede tener en el ámbito procesal contencioso-administrativo consecuencias prácticas muy interesantes a la hora de plantearse cuestiones tan trascendentes como las relacionadas con la eficacia del proceso y la justicia.

Resulta evidente que uno de los temas que más preocupan al legislador procesal es el de la eficacia del funcionamiento de la Administración

de Justicia³. El índice de litigiosidad y otros factores, de carácter estructural algunos de ellos, inciden en la tantas veces denunciada excesiva lentitud de la justicia, lo que se traduce en demasiadas ocasiones en una verdadera negación de justicia.

En el presente trabajo pretendemos abordar una serie de reflexiones acerca de una serie de resoluciones, tanto de nuestro Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —y a este respecto puede decirse que la jurisprudencia comunitaria ha inspirado directamente a nuestro Tribunal Supremo—, que tienen una importancia capital en el estudio de la tutela cautelar en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

2. EL AUTO DE LA SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE DICIEMBRE DE 1990⁴.

Esta resolución, que considera GARCIA DE ENTERRIA un *leading case* llamado a ejercer en nuestro proceso administrativo una trascendencia de primer orden⁵, fue consecuencia de un recurso de apelación contra un auto denegatorio de la suspensión del acto administrativo impugnado interpuesto en la pieza incidental de suspensión dimanante de un recurso contencioso-administrativo seguido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Como antecedente necesario para entender la trascendencia de la resolución que comentamos, es preciso indicar que en el recurso contencioso-administrativo del que dimanaba la pieza de suspensión en cuestión se había ordenado por un determinado Ayuntamiento el cese en la actividad de unas cuadradas de ganado ovino en base a una determinada sentencia del Tribunal Superior de Justicia que, por otra parte, no constaba fuese todavía firme. Además, con relación al acto administrativo recurrido y con referencia a la licencia de actividades suspendida, se daba la circunstancia de que había otro acuerdo municipal en el que el Ayuntamiento había ordenado, entre otras cuestiones, abrir un expediente por error técnico cometido en un informe relativo a las

naves de los apelantes en el incidente, que se estudiaran las posibilidades de legalización de las naves en cuestión, y que se iniciase el expediente de renovación de la licencia de actividad en base al incumplimiento de las condiciones de la licencia y el desalojo del ganado de las naves.

En la resolución del Tribunal Supremo se plantea en un primer término, siendo objeto de análisis en el fundamento jurídico primero de dicha resolución, la cuestión relativa al valor de las resoluciones, a veces tan frecuentes, en donde para denegar determinadas pretensiones se recogen pautas generales relativas, en el caso que nos ocupa, a la doctrina general de la eficacia de los actos administrativos y la presunción de legitimidad de los mismos, sin ninguna otra relación con el caso concreto para el que se dicta que la determinación de las circunstancias identificadoras de las partes y el número de los autos a que hace referencia el incidente.

Con relación a este punto, se hacen una serie de precisiones que resultan significativas. Se dice expresamente por nuestro Tribunal Supremo que “una cosa es la necesidad e incluso la conveniencia de introducir en la Administración judicial criterios de racionalización del trabajo —lo que hace aconsejable la normalización de aquellas partes de una resolución judicial que sean comunes para determinados supuestos— y otra cosa es desconectar del supuesto de hecho concreto sin molestarse en razonar mínimamente su relación con los fundamentos jurídicos que sean de aplicación...”.

La resolución comentada carga las tintas en el requisito inexcusable de la motivación como presupuesto necesario para el otorgamiento o denegación de la pretensión actuada, requisito que, aún cuando no se expresa directamente en la resolución, debe entenderse forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva⁶. Se dice a este respecto en la resolución que comentamos que la falta de razonamiento implica una actuación arbitraria, prohibida a todos los poderes públicos, incluidos los Tribunales de Justicia, por el artículo 9.3. de la Constitución.

Pero es el fundamento jurídico segundo de la citada resolución el que debe merecer por nuestra parte un tratamiento más específico. Se plantean aquí por el Tribunal Supremo una serie

de consideraciones jurídicas que deben analizarse separadamente.

Conviene en este punto desarrollar parte del literal de dicho auto, para analizar más adelante de forma un poco más detallada su contenido. Se dice en dicha resolución por la Sala 3.^a del Tribunal Supremo lo siguiente:

“... En todo caso y teniendo en cuenta que la ejecución del acto conlleva perjuicios graves para los recurrentes que viven de la explotación de esas naves para cuadras de ganado, y que no consta qué tipo de perjuicios ni para el interés público ni para terceros pueden seguirse de la no ejecución la suspensión debería haberse acordado simplemente con aplicar literalmente el art. 122 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero este Tribunal Supremo debe añadir que los estrechos límites del artículo 122 de la Ley reguladora de esta jurisdicción tiene hoy que entenderse ampliado por el expreso reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva en la propia Constitución (art. 24), derecho que implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar. Y es necesario recordar también que esta fuerza expansiva del citado artículo 24 de la Constitución y su fuerza rompedora de toda irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos como el de la presunción de validez de los actos de la Administración, viene impuesta hoy por ese principio general del derecho comunitario a que aluden las Conclusiones del Abogado General en la sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de julio de 1990, principio que implícitamente hace suyo el propio Tribunal, y que se resume en que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene razón...”.

En primer lugar, se introduce un elemento interpretativo añadido en la aplicación del artº 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Recordemos el literal de dicho precepto para extraer las consecuencias que deduce el Tribunal. Dice dicho artículo, en sus dos apartados, establece lo siguiente:

“1. La interposición del recurso contencioso-administrativo no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición objeto del mismo, salvo que el Tribunal acordare, a instancia del actor, la suspensión.

2. Procederá la suspensión cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil”

Desde la aplicación literal y restrictiva del término “daños o perjuicios de reparación imposible o difícil” nuevos Tribunales vienen acordando la suspensión sólo en supuestos excepcionales aplicando el principio general de la presunción de legalidad del acto administrativo objeto del proceso administrativo.

En este punto, como hemos dicho antes, se introduce en la resolución la necesidad de valorar en primer lugar, a la hora de decidir la suspensión o no del acto administrativo, la existencia del presupuesto clásico en materia de medidas cautelares, a los efectos de admitirlas, cual es el *fumus bonis iuris* o apariencia del derecho, lo que no supone en absoluto prejuzgar el fondo de la cuestión, ya que la decisión del litigio sólo podrá producirse después de realizada toda la actividad procesal necesaria que lleve al enjuiciamiento del objeto litigioso.

Todo proceso se inicia como consecuencia de la afirmación de una pretensión, lo que no puede conllevar sin más, lógicamente, una respuesta inmediata que de satisfacción a la formalización de la misma. La obtención de una sentencia que declare el derecho pretendido exige la convicción judicial de la existencia del derecho reclamado, que sólo puede obtenerse después del desarrollo de la actividad procesal necesaria y prevista legalmente.

La apariencia del derecho como presupuesto necesario para la adopción de la correspondiente medida cautelar, y en el caso que nos ocupa la suspensión del acto administrativo impugnado, exige no obstante un enjuiciamiento previo que ha de verificar el Tribunal para adoptar su otorgamiento. Es evidente que la necesaria exigencia de este presupuesto conlleva un acreditamiento *prima facie* de la verosimilitud del derecho que se reclama, acreditamiento que no debe suponer la aportación del material fáctico y probatorio preciso para la resolución del proceso principal, pues ello supondría la inútil duplicación de la actividad procesal y la medida cautelar no cumpliría la finalidad para la cual está prevista⁷.

A este respecto, puede considerarse clásica la expresión de CALAMANDREI que, desde lue-

go, sirve para establecer la diferencia entre ambas valoraciones. Dice este autor que "por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todo caso a un juicio de probabilidad o verosimilitud. Declarar la existencia del derecho es función de la resolución principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil"⁸.

En el caso concreto del Auto que comentamos la apariencia jurídica que sirve de presupuesto al Tribunal Supremo para resolver la revocación del auto denegatorio de la suspensión viene determinada por la circunstancia, debidamente apreciada por dicho Tribunal, de que la situación jurídica de los apelantes no es de franca ilegalidad y que incluso parece haber una actuación administrativa previa que la ampara.

Pero, además, la adopción de toda medida cautelar depende de la existencia de otro presupuesto ineludible, aparte del antes señalado de la apariencia del derecho o *fumus boni iuris*; en concreto nos estamos refiriendo al denominado *periculum in mora*. Es decir, el otorgamiento de la medida cautelar no sólo debe depender de la apariencia o fiabilidad jurídica, *prima facie*, del derecho que se pretende hacer valer en el proceso principal, sino además de la circunstancia de que, como consecuencia del desarrollo temporal de la actividad verificada en dicho proceso, se puede producir el peligro de que la ejecución eventual de la sentencia final de ese proceso sea imposible o irreparable por el retraso en la declaración del derecho⁹.

Las técnicas utilizadas por el legislador para determinar este presupuesto son distintas en función de los distintos modelos procesales y en función también del objeto procesal. En el ámbito del proceso contencioso-administrativo juega en este punto, por un lado, la presunción de legalidad del acto impugnado, y, por otro, como antes vimos, la circunstancia de que la ejecución del acto administrativo impugnado ocasione daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.

El Auto de 20 de diciembre de 1990 contiene una referencia expresa a este presupuesto y a su cumplimiento al indicar que "la ejecución del acto conlleva perjuicios graves para los recurrentes que viven de la explotación de esas naves para cuadras de ganado, y que no consta qué tipo de

perjuicios ni para el interés público ni para terceros pueden seguirse de la no ejecución".

En segundo lugar, y siguiendo el análisis del fundamento jurídico segundo del Auto comentado, se establece por el Tribunal Supremo una conclusión que debe considerarse absolutamente esclarecedora y ciertamente novedosa en nuestra jurisprudencia. No es otra que la conclusión sentada por dicho Tribunal de que el derecho a una tutela cautelar forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado, como es sabido, en el artículo 24.1 de nuestra Constitución.

Desde esta perspectiva, y con este contenido, sirve el derecho a la tutela cautelar como derecho a la tutela judicial efectiva para ampliar los estrechos límites del artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa antes citado.

El argumento utilizado a este respecto por nuestro Tribunal Supremo parte de la consideración de que es preciso adoptar una visión más amplia de las medidas cautelares en sede del proceso contencioso-administrativo, estableciendo una armónica interpretación de la dispersa regulación de las medidas cautelares en nuestro derecho positivo.

Considera la Sala 3.ª del Tribunal Supremo que el citado artículo 122 de la jurisdicción administrativa debe interpretarse conjuntamente con los artículos 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo, puesto este último precepto además en conexión con el artículo 72 del mismo Texto legal, con el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y, por último, con el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto aplicable al proceso contencioso administrativo por aplicación de la Disposición Adicional Sexta de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En este punto, consideramos necesario plasmar los preceptos citados.

El artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo dice:

"La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto administrativo impugnado, pero la autoridad a quien compete resolverlo podrá sus-

pende de oficio, o a instancia de parte, la ejecución del acuerdo recurrido, en el caso de que dicha ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, o cuando la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47 de esta Ley”.

A su vez el artículo 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece lo siguiente:

“1. Iniciado el procedimiento, la autoridad competente para resolverlo podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existieran elementos de juicio suficientes para ello.

2. No se podrán dictar medidas provisionales que puedan causar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”.

El artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por su parte, anuncia que:

“1. La Sala que conozca de un recurso de amparo suspenderá, de oficio o a instancia del recurrente, la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclame el amparo constitucional, cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad. Podrá, no obstante, 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.

2. La suspensión podrá pedirse en cualquier tiempo, antes de haberse pronunciado sentencia o decidirse el amparo de otro modo. El incidente de suspensión se sustanciará con audiencia de las partes, y del Ministerio Fiscal, por plazo común que no excederá de tres días y con informe de las autoridades responsables de la ejecución, si la Sala lo creyera necesario. La suspensión podrá acordarse con o sin afianzamiento. La Sala podrá condicionar la denegación de la suspensión en el caso de que pudiere seguirse perturbación grave de los derechos de un tercero, a la constitución de caución suficiente para responder de los daños o perjuicios que pudieran originarse”.

Y, por último, el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, dice que:

“Cuando se presente en juicio un principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas, el Juez podrá adoptar, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste, las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere.

El solicitante de dichas medidas deberá prestar fianza previa y bastante, a excepción de la personal, para responder de la indemnización por los daños y perjuicios que pudiese causar.

Estas medidas, además de en la demanda, se podrán solicitar antes o después de entablarse la misma. De solicitarse antes, habrá de interponerse la demanda dentro de los ocho días siguientes a su concesión.

Será Juez competente el que lo sea para conocer de la demanda principal y para su tramitación se formará pieza separada.

El demandado podrá oponerse a las medidas solicitadas o pedir que se alcen las acordadas, bien por estimar que no son procedentes o porque se comprometa a indemnizar los daños o perjuicios que puedan ocasionarse al actor y ofrezca fianza o aval bancario suficientes para responder de los mismos.

Formuladas estas pretensiones, el Juez citará a las partes a una comparecencia, en la cual oír a las que concurran, admitirá las pruebas que sean pertinentes y, dentro de los tres días siguientes, resolverá lo que proceda por medio de auto, que será apelable en un sólo efecto. El mismo procedimiento se seguirá para resolver los incidentes que puedan suscitarse con respecto a las medidas acordadas.

La fianza a que se refieren los apartados anteriores podrá ser de cualquiera de las clases admitidas en derecho, excepto la personal”¹⁰.

Establece el Auto objeto de nuestro comentario que el artículo 24 de la Constitución Española sirve de mecanismo articulador para ensamblar todos esos preceptos lo que conlleva a la declaración de que tanto la Administración como los Tribunales tienen el deber de “acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial)”¹¹.

Desde esta conexión o ensamblaje, y de acuerdo con lo expresado por la resolución que comentamos, debe darse una mayor trascendencia a algo que es preocupante en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la posible ineficacia del fallo que se dicte en el proceso principal, lo que supondría, en algunos casos, negar la tutela solicitada y otorgada.

Es decir que, desde la perspectiva e interpretación conjunta de los preceptos antes expresados, debe establecerse la necesaria conexión entre el criterio de los perjuicios eventualmente causados y la posible ineficacia del proceso. En este punto uno de los perjuicios que habrá de tener en cuenta el Tribunal a quien corresponda la decisión de adoptar la medida cautelar solicitada lo será el del riesgo de que se fruste la tutela otorgable en el proceso principal¹².

Por último, siguiendo con la referencia necesaria al fundamento jurídico segundo del Auto de 20 de diciembre de 1990, se establece también en la citada resolución la acogida de un principio general del derecho comunitario inspirada de ciertos contenidos de la ya famosa sentencia *Factortame* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Dicho principio se expresa en los siguientes términos: "la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene razón"¹³.

En este punto, es preciso hacer una referencia necesaria a dicha sentencia para entender la trascendencia que sobre nuestro derecho puede tener la citada resolución comunitaria.

3. LA SENTENCIA FACTORTAME.

3.1. *Sus antecedentes.*

La sentencia de 19 de junio de 1990 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, donde se resolvió una cuestión prejudicial planteada por la Cámara de los Lores británica, vino a establecer, entre otras cuestiones, la necesidad de arbitrar medidas cautelares provisionales como garantía de la eficacia final de la sentencia que deba resolver definitivamente el fondo del asunto en aras de la observancia del principio del derecho a la tutela judicial efectiva o eficaz¹⁴.

La House of Lords (Cámara de los Lores),

como acabamos de indicar, planteó con arreglo al artículo 177 del Tratado de la Comunidad dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del Derecho comunitario, relativas al alcance de la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales para ordenar medidas provisionales cuando se cuestionan derechos ejercitados al amparo del Derecho Comunitario. Lo hizo mediante resolución de 18 de mayo de 1989, que tuvo entrada en el Tribunal de Justicia el 10 de julio del mismo año.

Las cuestiones prejudiciales planteadas se suscitaron como consecuencia de un litigio entre la Secretaría de Estado de Transporte británica, por un lado, y por otra, la sociedad *Factortame* y otras sociedades, así como los administradores de las mismas y sus socios. Se daba la circunstancia de que las sociedades en cuestión estaban constituidas conforme al Derecho del Reino Unido, si bien la mayor parte de sus accionistas y administradores eran de nacionalidad española.

Las sociedades parte en el litigio venían explotando 95 buques de pesca que, hasta el 31 de marzo de 1989, estaban matriculados en el Registro de buques pesqueros británicos conforme a la *Merchant Shipping Act* de 1894 (Ley sobre navegación mercante de dicha fecha). De esos buques, 53 estuvieron matriculados en un principio en España y llevaban bandera española, si bien fueron sucesivamente matriculados en el Registro a que antes hicimos referencia a partir del año 1980. El resto de las embarcaciones siempre fueron británicas, si bien habían sido adquiridas por las sociedades antes referidas a partir de 1983.

El régimen legal de matriculación de buques pesqueros británicos fue objeto de reforma por la *Merchant Shipping Act* de 1988 y las *Merchant Shipping Regulations* (estos últimos los Reglamentos relativos a la matriculación de buques pesqueros). La modificación supuso, en lo que nos interesa en este momento, el intento de poner fin a la práctica del "quota hopping", es decir se trataba de evitar por el Gobierno británico que no se dispusiese por sociedades de hecho extranjeras de sus cuotas pesqueras.

La nueva Ley de 1988 vino a prever un nuevo Registro en el que deberían matricularse todos los pesqueros británicos, incluidos los

anteriormente matriculados, si bien para acceder a dicho Registro se venían a establecer determinados requisitos que lógicamente eran muy restrictivos. En cuanto a la titularidad del buque, debería corresponder a nacionales británicos o a empresas o sociedades que tuviesen una determinada cualificación, aparte de que estuviere constituida en el Reino Unido, que el 75% de sus propietarios nominales o efectivos fueran británicos, y que el 75% de sus administradores poseyeran la nacionalidad británica. Además se vino a exigir el requisito de residencia y domicilio de la empresa en el Reino Unido y el que el buque debía ser explotado y sus actividades dirigidas y controladas desde el Reino Unido.

La Ley y los Reglamentos antes citados entraron en vigor el día 1 de diciembre de 1988, si bien la validez de las matriculaciones efectuadas bajo la vigencia del régimen anterior fue prorrogada transitoriamente hasta el 31 de marzo de 1989.

Dado que el 1 de abril de 1989 los buques de las sociedades a que antes hicimos referencia iban a ser privados del derecho a pescar, se planteó por las mismas el correspondiente recurso contencioso-administrativo, interpuesto el 16 de diciembre de 1988 ante la High Court of Justice, Queen's Bench Division, solicitando al mismo tiempo la concesión de las correspondientes medidas cautelares dirigidas a la inaplicación de la nueva normativa con relación a los buques de su propiedad durante la tramitación del proceso.

Mediante resolución de 10 de marzo de 1989, la Divisional Court de la Queen's Bench División decidió, por una parte, suspender el procedimiento y formular ante el Tribunal de Justicia la correspondiente cuestión prejudicial, de acuerdo con el artículo 177 del Tratado de la CEE, y, por otra parte, ordenó como medida provisional que se suspendiera la aplicación de la nueva legislación con respecto a las sociedades demandantes.

El Secretario de Estado de Transporte británico recurrió en apelación el día 13 de marzo de 1989 contra la anterior resolución, decidiendo la Court of Appeal por resolución de 22 de marzo de 1989 que en virtud del derecho nacional británico, los órganos jurisdiccionales no tenían la facultad de suspender provisionalmente la aplica-

ción de las leyes, por lo que revocó la resolución de la Divisional Court.

Por las sociedades perjudicadas se sometió el litigio ante la House of Lords, dictándose la resolución de 18 de mayo de 1989 a que antes hicimos referencia, declarándose, en síntesis, que, en primer lugar eran fundadas las alegaciones de las apelantes en el proceso principal acerca del perjuicio irreparable que sufrirían en caso de que no se concediesen las medidas provisionales solicitadas y de que fuese estimado el correspondiente recurso contencioso-administrativo planteado; en segundo lugar que, no obstante, según el derecho nacional británico, los órganos jurisdiccionales no podían decretar las medidas provisionales dictadas por la Divisional Court por oponerse a ello la antigua norma del "common law" de que no podía concederse ninguna medida provisional contra la Corona, es decir, contra el Gobierno, norma que debía interpretarse en el sentido de que se presumen las leyes nacionales conformes con el Derecho comunitario mientras no se haya resuelto acerca de su compatibilidad con este Derecho. A este respecto la Cámara de los Lores planteó ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades la cuestión prejudicial de si, a pesar de dicha norma nacional, los órganos jurisdiccionales británicos tenían la facultad de ordenar medidas provisionales contra la Corona basándose en el Derecho comunitario¹⁵.

El tenor de las cuestiones prejudiciales planteadas por la Cámara de los Lores se formulaba literalmente en los siguientes términos:

"1. Cuando

(i) Una de las partes de un procedimiento seguido ante un órgano jurisdiccional nacional alega ser titular de derechos, en virtud del derecho comunitario, que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico nacional (en lo sucesivo, "los derechos invocados"),

(ii) una disposición nacional explícita, si fuese aplicada, privaría automáticamente a esa parte de los derechos invocados.

(iii) hay argumentos sólidos tanto a favor como en contra de la existencia de los derechos invocados y el órgano jurisdiccional nacional considera necesario plantear una cuestión prejudicial, con arreglo al artículo 177, para decidir si los derechos invocados existen o no.

(iv) el Derecho nacional presume que la disposición nacional de que se trata es compatible con el Derecho comunitario, a menos que y mientras no sea declarada compatible con éste.

(v) el órgano jurisdiccional nacional no está facultado para conceder medidas provisionales de protección de los derechos invocados suspendiendo la aplicación de la disposición nacional hasta que se decida la cuestión prejudicial.

(vi) si la decisión prejudicial reconociese la existencia de los derechos invocados, la parte titular de los mismos haya sufrido probablemente un perjuicio irreparable de no haberse concedido dichas medidas provisionales de protección.

el derecho comunitario,

(a) ¿obliga al órgano jurisdiccional a conceder tales medidas provisionales de protección de los derechos invocados; o

(b) confiere al órgano jurisdiccional la facultad de conceder dichas medidas provisionales?

2. En caso de que se dé una respuesta negativa a la cuestión 1(a) y una respuesta afirmativa a la cuestión 1(b), ¿qué criterios deben aplicarse para definir si se conceden o no tales medidas provisionales de protección de los derechos invocados?"

Básicamente latía en la cuestión prejudicial planteada el problema de si el órgano jurisdiccional nacional ante el que se ha planteado un proceso en el que pueden y deben aplicarse directamente normas de Derecho comunitario en contradicción con el Derecho interno, y ante la posible aplicación de medidas cautelares a favor de éste frente al Derecho nacional, debe o no excluir la aplicación de la norma nacional.

3.2. *Las conclusiones del Abogado General*

Giuseppe Tesouro.

El Abogado General en sus conclusiones presentadas en audiencia pública el día 17 de mayor de 1990 en el asunto que comentamos vino a formular una serie de consideraciones que, como dice GARCIA DE ENTERRIA¹⁶, contienen toda una doctrina general cualificada sobre la significación de las medidas cautelares, que, aparte de la importancia que pueden tener a la hora de valorar el problema planteado relativo a

la aplicación de medidas concretas sobre el Derecho interno en contradicción con el derecho comunitario, contienen verdaderos principios generales en materia de proceso cautelar, que han tenido una verdadera trascendencia incluso, como antes expresamos con relación al Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990, en nuestra jurisprudencia nacional en el ámbito del proceso contencioso-administrativo.

Vamos a hacer brevemente una referencia a algunas de las bases sentadas por el Abogado General.

En primer lugar, se plantea el problema de sí, ante la falta de una medida provisional, puede el posible perjuicio económico sufrido por un eventual demandante ser jamás resarcido, ya que ocurre que determinadas decisiones finales de procesos no pueden resarcir nunca el perjuicio causado y entonces el proceso se ve desprovisto de eficacia. Desde esta perspectiva, por otra parte, ello no significa que el posible resarcimiento, cuando fuere procedente, debe constituir una alternativa a la medida cautelar, pues puede ocurrir que la imposibilidad de obtener reparación hace muy difícil que pueda evitarse el daño patrimonial experimentado durante el proceso.

En segundo lugar, que de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia comunitario, los órganos jurisdiccionales de los países miembros de la Comunidad tienen la obligación de otorgar una tutela judicial completa y efectiva a los particulares que sean titulares de situaciones jurídicas subjetivas derivadas de normas comunitarias con efecto directo, siempre que las normas comunitarias regulen el supuesto de hecho desde su entrada en vigor, por lo que resulta incompatible con el Derecho comunitario cualquier disposición o práctica nacional que impida al juez otorgar plena eficacia a las normas comunitarias.

En tercer lugar, y esto es trascendente para analizar el supuesto que nos ocupa, que en el momento de ejercitar la pretensión ante los Tribunales el derecho puede o no existir y puede haber o no una norma que lo afirma o lo deniega, pero en todo caso el proceso, en este caso, el contencioso-administrativo, no sólo tiene por objeto el reconocimiento del derecho sino también la operatividad plena y efectiva del mismo.

Ya que el reconocimiento del derecho puede llegar muy tarde para que el derecho controvertido y declarado pueda ser ejercitado plena y eficazmente, y ello será así normalmente cuanto más complejo y con plenas garantías sea el procedimiento tendente a su reconocimiento, el principio de la tutela judicial efectiva va a verse conculcado y también el principio consolidado en la teoría jurídica general de que “el tener que recurrir al proceso para obtener el reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón”.

En este punto se plantea por el Abogado General una de las cuestiones más precisas de su razonamiento al analizar la finalidad de la tutela cautelar que no es otra que la de que, dado que el proceso tiene que desarrollarse un plazo de tiempo necesario para que el reconocimiento del derecho se produzca, es preciso que no se prive de forma irreversible de contenido al propio derecho haciendo nula la posibilidad de su ejercicio. En buena lógica debe concluirse que la tutela cautelar debe tratar, en la medida de lo posible, de evitar que el daño provocado por la inexistencia de simultaneidad entre el reconocimiento del derecho y el ejercicio del mismo vaya en detrimento de su propia efectividad y función.

Al abordarse el problema de la relación necesaria entre la efectividad de la tutela jurisdiccional y la tutela cautelar hace referencia el Abogado General TESAURO a la aportación de la doctrinas ya clásicas italiana y alemana sobre el fundamento del proceso cautelar, principalmente a las aportaciones de CHIOVENDA¹⁷, CALAMANDREI¹⁸ y HELLWIG¹⁹.

Concluye el análisis del Abogado General en este punto haciendo la valoración de que la tutela cautelar se manifiesta como instrumento fundamental e indispensable utilizable para conseguir puntualmente y de forma eficaz el reconocimiento del derecho en los casos en que la duración del proceso pueda ponerle en peligro.

Y, por último, se plantea también un análisis concienzudo respecto a los presupuestos necesarios para la admisión de la tutela cautelar, esto es la apariencia del derecho y el *periculum in mora*. Se dice a este respecto por TESAURO que la situación de la apariencia del derecho es la razón misma de la medida cautelar y que corres-

ponde al Juez valorar si la apariencia del derecho invocado es o no lo suficientemente relevante para otorgar o denegar la tutela cautelar. Pero, por otro lado, la tutela cautelar tiene sentido en cuanto el desarrollo del proceso conlleva una espera necesaria para la decisión definitiva del juicio, lo que puede traducirse en el peligro de que el derecho pierda su eficacia cuando sea declarado (*periculum in mora*).

3.3. *La fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 1990.*

Parte el Tribunal de Justicia de una declaración anterior hecha en el su sentencia de 9 de marzo de 1978 (asunto Simmenthal, n.º 106/77), en donde se expresó que las normas de aplicabilidad directa del Derecho comunitario “deben ser plena y uniformemente aplicadas en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante todo su período de validez” y que “en virtud del principio de la primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las Instituciones directamente aplicables producen el efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros ..., de hacer inaplicable de pleno derecho, por el propio hecho de su entrada en vigor, cualquier disposición contraria de la legislación nacional”.

Hecha esta declaración, el Tribunal de Justicia considera que sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho comunitario el que cualquier disposición de Derecho nacional limitase la eficacia del Derecho comunitario al negar al Juez nacional la posibilidad de decretar las medidas necesarias para evitar su aplicación directa siempre que fuese necesario, por lo que el Juez nacional que esté conociendo de un litigio relativo a la aplicación del Derecho comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que considere ser una obstáculo para el otorgamiento de medidas cautelares.

En concreto, el literal del pronunciamiento del Tribunal de Justicia se hizo en los siguientes términos:

“El Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, que esté conociendo de un litigio rela-

tivo al Derecho comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que considere constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales”.

Si bien, y desde la excesiva precisión de la fundamentación jurídica y el fallo de la resolución del Tribunal de Justicia, no puede decirse que haya un desarrollo puntual en ella de las opiniones vertidas con tanto rigor por el Abogado General acerca de la tutela cautelar; no obstante puede decirse que la citada sentencia recoge en su espíritu la formulación esencial de las medidas cautelares ampliamente desarrollada por TESAURO, como antes hemos visto.

4. PRINCIPALES CONSECUENCIAS EN NUESTRO ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA NUEVA DOCTRINA EN MATERIA DE MEDIDAS CAUTELARES.

El auto de 20 de diciembre de 1990 de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo ha tenido una trascendencia que no podemos negar y ha sido el exponente de una línea de trabajo en medidas cautelares en el campo del proceso contencioso-administrativo, y es evidente que, como se expresa en el citado Auto, se da en la doctrina allí sentada una evidente influencia de la jurisprudencia comunitaria en el ya clásico caso *Factortame*, si bien no directamente por lo declarado en la citada sentencia, sino sobre todo por las conclusiones sentadas por el Abogado General TESAURO.

Llegados a este punto, conviene concretar puntualmente y de forma separada los principales aspectos que influyen en la nueva doctrina aplicable al proceso cautelar administrativo.

4.1. *La aplicación del principio de que “la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”.*

Como vimos anteriormente dicho principio es expresado muy claramente por el Abogado General en la formulación de sus Conclusiones en el asunto *Factortame*, expresándose en las mismas que es un principio ya sentado en la doctrina clásica alemana e italiana²⁰ y también a tra-

vés de una muy diversa jurisprudencia producida por distintos Tribunales de determinados países europeos.

El fundamento principal del sistema de medidas cautelares responde a una idea que es evidente. La actividad procesal es una actividad cuya manifestación conlleva una actuación que se desarrolla en actos que se suceden en el tiempo. La regulación del proceso exige que antes de la decisión final se desarrollen una serie de actuaciones, mediante las cuales y por aplicación del principio de contradicción procesal, y deben aportarse los hechos, pueden ser objeto de prueba, deben introducirse por los interesados argumentaciones jurídicas dirigidas a proporcionar a los órganos jurisdiccionales el material preciso para que pueda dictarse la oportuna sentencia.

Es evidente que la realización de esta actividad requiere tiempo. El transcurso del tiempo entre el momento en el que debería haberse producido la aplicación del derecho material discutido y aquel en que se produce su declaración a través de la sentencia final y, en su caso, a través de la ejecución forzosa de la sentencia, hace que pueda llegar a pensarse que el proceso y la actividad jurídica que lo regula no cumplen de forma satisfactoria con la función de justicia y eficacia.

Por otra parte, y por razones estructurales y de política legislativa, en determinados ámbitos de la Justicia el retardo en la resolución de los procesos es tan grave que se viene denunciando no sin razón que las dilaciones procesales o la lentitud excesiva al proceso suponen una negación del derecho a la tutela judicial efectiva y una negación del derecho de los ciudadanos a que se administre Justicia, obligación que debe corresponder al Estado.

En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo la situación de demora de los procesos es especialmente preocupante. Coinciden en este punto diversos factores que es preciso poner de manifiesto.

En primer lugar, se ha venido dando un considerable aumento de los índices de litigiosidad en este sector. En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se da la circunstancia, además, de que normalmente, y frente a los administrados, la Administración Pública en sus diversos sectores es siempre parte. La compleji-

dad de la actividad administrativa ha incidido en el aumento de litigiosidad, sin que ayude a evitar dicho aumento el mantenimiento de un sistema de "justicia administrativa" al margen de la Jurisdicción, mediante la articulación de un muchas veces ineficaz sistema de recursos administrativos que, por regla general, hay que agotar antes de acudir a los órganos jurisdiccionales.

En segundo lugar, y ante el considerable incremento de la litigiosidad, no se han articulado por parte del Estado los medios necesarios para dotar a los órganos jurisdiccionales de la necesaria eficacia.

En este punto se están produciendo además hechos que pudieren interpretarse en el sentido de que al Estado le puede interesar que la Justicia en el orden administrativo no funcione de forma eficaz.

Por un lado, se produce la paradoja de que los únicos órganos jurisdiccionales creados por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y que no se han puesto en funcionamiento todavía son los denominados Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Sus competencias vienen atribuyéndose provisionalmente a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, dándose la circunstancia de que en la mayor parte de dichos órganos se ha producido un evidente colapso, con un gran número de asuntos pendientes de resolver que se van acumulando año por año²¹.

Por otro lado, y por vía de reforma de las disposiciones reguladoras de los procesos, tampoco se está resolviendo adecuadamente el problema. En el ámbito del proceso contencioso-administrativo, se ha producido una reciente reforma que es evidente que va a incidir en el desarrollo del mismo, si bien tenemos la impresión que no va a resultar muy eficaz. La reciente Ley 10/1992, de 30 de abril, ha reformado parcialmente la Ley reguladora de este orden jurisdiccional de 1956. La reforma se centra fundamentalmente en la introducción del recurso de casación en el proceso administrativo, y en este punto, se hacía necesaria para poder poner en práctica la regulación de competencias de los órganos jurisdiccionales de este orden de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial. Si bien, dicha reforma ha tenido como consecuencia el

que se venga a suprimir con carácter general el recurso de apelación, es decir el principio de la doble instancia en dicho modelo procesal, por lo menos hasta que se creen y entren en funcionamiento los Juzgados de lo Contencioso-administrativo. Ello va a conllevar, posiblemente, un grave problema de inseguridad jurídica ante la posible diversidad de aplicación de criterios interpretativos por parte de los Tribunales de instancia, máxime cuando además el recurso de casación es esencialmente un recurso de carácter extraordinario con acceso limitado²².

Ante la demora en el ejercicio de la actividad procesal, y ante la circunstancia de que la parte que plantee una determinada pretensión no obtenga ni siquiera una satisfacción tardía se hace evidente la necesidad de que se instrumenten los medios adecuados para que el pronunciamiento que eventualmente se dicte pueda en su momento ser eficaz.

En este sentido el principio sentado en las conclusiones del Abogado General TESAURO es un principio que ha podido servir como fundamentador de un adecuado sistema de medidas cautelares, pero además, y esto es importante, es un principio que puede ser empleado a la hora de interpretar adecuadamente, o constitucionalmente, como se hace en el Auto de 20 de diciembre de 1990, un determinado precepto o un conjunto de preceptos.

Con relación a la utilización de dicho principio por nuestro Tribunal Supremo, es preciso señalar que, como se indica en el Auto antes citado y que hemos comentado anteriormente, no es un principio que sea nuevo ni siquiera en nuestra jurisprudencia, ya que ha venido siendo utilizado también por la Sala 3.^a con relación a otras cuestiones al margen de la tutela cautelar.

En concreto, se citan en el Auto de 20 de diciembre de 1990 dos sentencias de ese mismo Tribunal referidas al principio recogido por TESAURO que, con un sentido distinto, ya con anterioridad ha aplicado nuestra jurisprudencia. Nos referimos a las sentencias, también de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 1990 y de 20 de marzo de 1990²³.

Consideramos especialmente importante la sentencia de 20 de marzo de 1990 donde se utiliza el principio para matizar en el ámbito admi-

nistrativo los efectos de la anulabilidad de los actos administrativos, declarando el Tribunal Supremo que a pesar de la presunción de legalidad del acto administrativo y la ejecutividad inmediata del mismo, hay que considerar que “es la Administración la que corre el riesgo de la ejecución de un acto que no es firme de suerte que el administrado no deberá sufrir perjuicio alguno por consecuencia de una actividad de la Administración que la revisión judicial posterior declara ilegal: no debe confundirse la eficacia —inmediata— del acto administrativo con su validez —verificada en un control jurisdiccional posterior—”.

4.2. *La regulación en el orden contencioso-administrativo de las medidas cautelares: la suspensión del acto o disposición.*

La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa tan sólo se refiere a la suspensión de acto o disposición impugnados a la hora de regular un sistema de medidas cautelares, lo que a juicio de la doctrina procesalista es evidentemente criticable, siendo precisa una adecuada reforma en este sentido²⁴.

Es claro que la suspensión a que hace referencia el artículo 122 de la Ley reguladora del proceso administrativo consiste en la paralización provisional de los efectos jurídicos de la actuación administrativa.

Frente a la prerrogativa de la ejecutividad general del acto administrativo se alza la suspensión como una garantía del administrado²⁵.

Ahora bien, con relación a dicha medida, y con anterioridad al Auto de 20 de diciembre de 1990, nuestros Tribunales se mostraban ciertamente reacios a aplicarla de forma adecuada y proporcionada.

La suspensión venía siendo considerada como una medida excepcional que, además, era interpretada por la jurisprudencia de modo restrictivo²⁶.

Es evidente que dicha interpretación aparecía condicionada por muy diversos factores, aparte de la presunción de legalidad de los actos administrativos.

En primer lugar, es lógico reconocer que juega o puede jugar en todos los supuestos la existencia de un interés público frente al cual

debían valorarse muy cuidadosamente las peticiones de tutela cautelar.

Frente al interés público y la presunción de legalidad del acto impugnado sólo podía jugar el concepto jurídico indeterminado de los daños o perjuicios de reparación imposible o difícil a que hace referencia el artículo 122.2 de la Ley reguladora del proceso administrativo.

Ambos conceptos, interés público y daños y perjuicios de reparación imposible o difícil, venían siendo tenidos en cuenta por nuestros Tribunales para decretar la medida cautelar concreta. En función de la mayor o menor entidad del interés público exigible la producción de mayores o menores perjuicios podrían dar lugar a la suspensión del acto.

Sin embargo, también han entrado en juego otros elementos.

Por un lado, y en contra del otorgamiento de la medida cautelar, con mucha frecuencia se ha utilizado el principio de solvencia de las Administraciones Públicas, principio que se ha venido alzando frente a las manifestaciones de los solicitantes de tutela cautelar alegando la producción de importantes daños y perjuicios, si bien dicho principio fue empezando a desecharse por nuestro Tribunal Supremo a partir del año 1988²⁷.

Por otro lado, y a favor del otorgamiento de la medida cautelar, han venido jugando elementos como la producción de situaciones irreversibles como consecuencia de la plena efectividad del acto administrativo, el que la impugnación se venga fundamentado en la posible nulidad del acto administrativo impugnado y el que se trate de actos administrativos sancionadores cuya ejecutividad tan sólo deberían exigirse después de la correspondiente sentencia firme en vía jurisdiccional.

4.3. *La nueva frontera de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo.*

En este estado de la cuestión cabe preguntarse si tiene vigencia el citado artículo 122.

En primer término, y a partir del citado Auto de 20 de diciembre de 1990, entendemos no puede aplicarse de forma literal el artículo 122, y sólo cabe una aplicación adecuada del mismo si se realiza una interpretación del citado precepto a través del mecanismo articulador que es el derecho a la tutela judicial efectiva.

A este respecto, el presupuesto del *periculum in mora* no viene referido sólo a la posible existencia de daños o perjuicios de reparación o imposible o difícil, ya que el dato sociológico cierto de la excesiva duración del proceso administrativo juega por sí mismo como presupuesto constante a la hora del otorgamiento de la medida cautelar.

Ello lleva a que el presupuesto de la apariencia del derecho aludido por quien solicite el otorgamiento de la medida cautelar haya cobrado un mayor protagonismo.

En este sentido se va a hacer preciso que, por un lado, por quien se solicite la medida cautelar tendente a la suspensión del acto administrativo impugnado se pongan de manifiesto todos los datos posibles alegables hasta ese momento para que pueda realizarse una valoración adecuada por el Tribunal competente en relación la fundamentación de la cautela solicitada. Ocurre además que será útil, en la mayor parte de los supuestos, cuando se solicite con la mayor antelación posible, esto es en el mismo escrito de interposición del recurso correspondiente, lo que pueda plantear dificultades desde el punto de vista procesal. En ese momento, y de forma inmediata va a ser difícil que el Tribunal tenga los elementos de juicio necesarios para adoptar la oportuna resolución ya que, por una parte todavía el demandante no ha formulado demanda en el proceso ni por lo tanto ha concretado su pretensión, ni desde luego ha formulado la petición concreta dirigida al órgano jurisdiccional, y, por otra parte, no tiene en su poder el Tribunal todavía el expediente administrativo.

Este inconveniente puede suplirse no obstante a través de la aportación por el solicitante de la tutela cautelar de todos los datos probatorios posibles que legitimen la apariencia del buen derecho que quiere hacer valer en el proceso.

Y, además, desde luego va a ser muy importante la valoración que puedan hacer los Tribunales de las conductas y comportamientos de las partes del proceso.

A este respecto, considero de interés el Auto de 18 de junio de 1991 también de la Sala 3.^a de nuestro Tribunal Supremo (Sección 5.^a), donde dicho Tribunal revoca un Auto anterior de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal

Superior de Justicia de Andalucía, que había suspendido el otorgamiento de dos licencias de obras por parte del Ayuntamiento de Manilva (Málaga), suspensión que había solicitado la Junta de Andalucía, recurrente en el proceso principal.

La fundamentación jurídica del Auto es notable en lo antes apuntado con relación a la valoración de la apariencia del buen derecho.

Dice literalmente lo siguiente:

“... Apelado el auto de suspensión por la entidad titular de las licencias litigiosas, se han personado ante este Tribunal de Apelación la precitada anónima sociedad (a favor de quien se habían concedido las licencias de construcción) y la Junta de Andalucía. Ahora bien, mientras esta última en la alegación segunda de su escrito se limita a decir que ‘ponderando el interés público en la ejecución del acto (criterio recogido en la Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional, así como por reiterada jurisprudencia de ese Alto Tribunal) dicho interés y su preeminencia son patentes cuando de materia urbanística se trata, justificándose sobradamente la suspensión de la ejecución de las licencias impugnadas’; la code mandada arguye que la Sala de instancia no ha llegado a conocer la real situación de las viviendas ya edificadas y habitadas y la escrupulosa legalidad de las licencias concedidas, probablemente por la falta de alegaciones esclarecedoras del Ayuntamiento de Manilva, por lo es que la suspensión de los decretos la que puede crear perjuicios y daños de reparación imposible o muy difícil ... Y además ha presentado un acta notarial acompañada de una secuencia fotográfica de diversos lugares edificados y urbanizados a los que se extienden las licencias; mas copia de un auto dictado por la Sección 3.^a de la Sala 3.^a de este Supremo Tribunal de fecha 8 de octubre de 1990 en que se suspende la ejecución de una Orden del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 9 de abril de 1990 por la que se imponía una multa de 81.300.000 pesetas a ABSA y la demolición de 30 viviendas, más otra copia de sentencia dictada por la Sala de Málaga en los recursos acumulados de que dimana la pieza de suspensión, en cuya sentencia se declaran ajustadas a Derecho las licencias concedidas. Dado traslado a la Junta de Andalucía nada ha alegado. Estamos en presencia, sin duda, de lo que la doctrina de esta Sala, a

partir de auto de 20 de diciembre de 1990, ha venido en considerar una tutela cautelar como parte de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 de la Constitución, al aplicar el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción; esto es otorgar tal tutela a quien tenga apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), y, sensu contrario, denegársela a quien carezca de aquella apariencia ... Consecuencia ineludible de todo ello es la estimación del recurso de apelación entablado y la revocación de auto de suspensión dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga²⁸.

En la citada resolución la apariencia de derecho sirve para tutelar los intereses de una sociedad codemandada en un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Junta de Andalucía frente a sendas resoluciones de un Ayuntamiento de la provincia de Málaga, ya que en dicho recurso la Comunidad Autónoma demandante había obtenido, al aludir a la concurrencia del interés público en materia de urbanismo, la suspensión de las citadas licencias, apreciándose la apariencia de derecho sensu contrario.

Por último, entendemos que la adopción de medidas cautelares no debe limitarse a la previsión legal de la suspensión del acto administrativo impugnado.

En el auto de 20 de diciembre de 1990 se apunta por la Sala 3.^a del Tribunal Supremo la necesidad de interpretar el artículo 122 de forma armónica junto con otros preceptos a los que se alude en dicha resolución, y que anteriormente hemos reseñado literalmente. Uno de ellos, el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable como dijimos a este proceso por vía de la Disposición Adicional Sexta de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, permite la posible adopción de medidas cautelares positivas, no la simple medida de suspensión del acto, sino incluso la petición de que por la Administración demandada se verifiquen determinadas conductas, obligaciones de hacer ordenadas de forma provisional que deban servir para la adecuada realización del derecho.

Así se ha resuelto recientemente por nuestros Tribunales²⁹, y ello puede significar que el riguroso límite de las medidas cautelares, tal como se entendía en la regulación originaria positiva en nuestro derecho, haya sido sobrepasado definitivamente en aras de que las garantías de los administrados no se vean burladas por una actuación administrativa cuyo fin último persiga el mantener la firmeza de los actos administrativos disconformes con el ordenamiento jurídico a cualquier precio.

NOTAS

¹ E. García de Enterría, *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio "fumus boni iuris" (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general*, trabajo recogido en el su volumen "La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español", Madrid, 1992, págs. 157 a 188.

² Principalmente a partir del Auto de 20 de diciembre de 1990. Número de referencia Aranzadi, a efectos de consulta 10.412.

³ Así resulta de la lectura de la Exposición de Motivos de la reciente Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

⁴ Puede consultarse literalmente en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi de 1990, n.º 10.412, págs. 13.335 a 13.337.

⁵ Vid. su trabajo antes citado *La nueva doctrina del*

Tribunal Supremo sobre medidas cautelares ..., pág. 160.

⁶ Sentencias del Tribunal Constitucional, entre otras de 29 de marzo de 1982 (11/82) y de 16 de junio de 1982 (37/82).

⁷ Vid. P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, pág. 63.

⁸ *Introduzione allo studio ...*, cit., págs. 63 y 64.

⁹ Vid. principalmente G. Chiovenda, *Principi di Diritto processuale civile*, Napoli, 1923, pág. 225; y también P. Callamandrei, *Introduzione allo studio ...*, cit., págs. 55 a 58.

¹⁰ Sobre el análisis de dicho precepto en su redacción reformada, vid. por ejemplo M. Ortells Ramos, *Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1.428*, en "Justicia 89" número I, págs. 43; y mas recientemente M. P. Calderón Cuadrado, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, 1992.

¹¹ Es preciso indicar, por otra parte, que hasta el momento preciso en que se publica la resolución que comentamos no ha habido por parte de nuestro Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, una declaración tan clara relativa al derecho a la tutela cautelar como integrante del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva.

Señala García de Enterría, *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares ...*, cit., pág. 159, nota a pie de página n.º 1, que la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio de 1987 (sentencia n.º 115/87), declaró inconstitucional la negación de la posibilidad de que los Tribunales pudiesen suspender las resoluciones administrativas en materia de extranjería (artículo 34 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España de 1 de julio de 1985), pero lo hizo por violación del artículo 14 de nuestra Constitución (discriminación entre españoles y extranjeros) y no en base al artículo 24, al que, no obstante, se cita también.

¹² Vid. García de Enterría, *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares ...*, cit., pág. 165.

¹³ Se dice en el Auto de 20 de diciembre de 1990 que dicho principio ya viene siendo recogido por el Tribunal Supremo en algunas resoluciones, incluso con anterioridad a la sentencia *Factortame*, si bien, como luego veremos, con una aplicación distinta que la específica en materia de medidas cautelares.

¹⁴ Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-213/89. Sobre la sentencia *Factortame* vid. el trabajo de E. García de Enterría, *La sentencia Factortame (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del Juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho Comunitario aun a costa de su propio Derecho nacional. Trascendencia general de la Sentencia en el Derecho Comunitario y en el sistema español de medidas cautelares*, en su volumen antes citado "La batalla por las medidas cautelares ...", págs. 95 a 128.

¹⁵ Por otra parte, y de forma independiente a la tramitación de la cuestión prejudicial, por la Comisión de las Comunidades Europeas el día 4 de agosto de 1989 se interpuso un recurso ante el Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 169 del Tratado, con la pretensión concreta de que se declarase que por el Reino Unido, al imponer los requisitos de nacionalidad en la legislación de Navegación mercante de 1988, se habían incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de los artículos 7, 52 y 221 del Tratado comunitario. Dicho recurso constituyó el asunto 246/89, tramitándose separadamente de la cuestión prejudicial que comentamos ante el mismo Tribunal de Justicia comunitario. La Comisión además solicitó en dicho recurso cautelarmente que se ordenase la suspensión de la aplicación de los requisitos restrictivos de nacionalidad de la legislación británica a que antes hemos hecho referencia, resolviéndose la petición cautelar favorablemente por el Presidente del Tribunal de Justicia por Auto de 10 de octubre de 1989. Para dar cumplimiento a esta resolución

el Reino Unido se vió obligado a dictar una disposición por la que se vino a modificar el restrictivo artículo 14 de la Merchant Shipping Act de 1988 con efectos desde el día 2 de noviembre de 1989.

¹⁶ Vid. su trabajo *La sentencia Factortame ...*, cit. pág. 106.

¹⁷ En sus *Principi ...*, págs. 137 y ss.

¹⁸ En *Introduzione allo studio ...*, cit.

¹⁹ En *System des deutschen Zivilprozessrechts*. Leipzig, 1913, II, págs. 22 y ss.

²⁰ Vid. las notas a pie de página anteriores núms. 17 a 19.

²¹ Vid. sobre la situación del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en sus dos Salas de lo Contencioso-Administrativo a 31 de diciembre de 1989, mi trabajo *La Administración de Justicia en Castilla y León*, en "Anuario de Castilla y León 1991", editado por Ambito, págs. 140 a 144. Hay que precisar, por otra parte, que las cifras de asuntos pendientes que allí se reflejan han sufrido un considerable incremento.

²² Sobre la reforma del proceso contencioso-administrativo producida como consecuencia de la Ley 10/92, vid.

J. GARBER LLOBREGAT (con J. DAMIAN MORENO y N. GONZALEZ-CUELLAR), *La reforma procesal civil, penal y administrativa de 1992*, Madrid, 1992, págs. 181 a 274.

²³ Pueden consultarse en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi de 1990, números, respectivamente, 1.523 y 2.243, págs. 2.028 y 2.029, y 2.904 y 2.905.

²⁴ Vid. por todos J. Garberí Llobregat, *Derecho procesal administrativo* (con V. Gimeno Sendra, V. Moreno Catena y N. González-Cuéllar Serrano), Valencia, 1992, págs. 344 y 345.

²⁵ Así J. González Pérez, *Manual de Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1990, págs. 464 y 465.

²⁶ La doctrina relativa a la interpretación restrictiva del otorgamiento de suspensión estaba muy generalizada en las resoluciones del Tribunal Supremo. Por ejemplo, en este sentido los Autos de la entonces Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 23 de mayo y 30 de septiembre de 1983.

²⁷ En este sentido J. Rodríguez-Arana Muñoz, *Ultimas orientaciones jurisprudenciales sobre suspensión contenciosa de actos administrativos (1988-1989)*, en "Poder Judicial", n.º 17, marzo de 1990, págs. 188 y 189, quien cita los Autos de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 17 de mayo y 15 de junio de 1988.

²⁸ Auto recogido en la revista "Poder Judicial", número 23, septiembre de 1991, págs. 269 y 270.

²⁹ Como ejemplo de medidas cautelares positivas el Auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, al que dedica García de Enterría un interesante comentario, *Medidas cautelares positivas y disociadas en el tiempo: el Auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*, en "La batalla por las medidas cautelares ...", cit., págs. 213 a 231.