

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ

SUMARIO: I. *Medidas cautelares en sede judicial.* II. *La solicitud de las medidas cautelares.* III. *Adopción y denegación de medidas cautelares.* IV. *El incidente cautelar.* V. *Duración, modificación y revocación de las medidas cautelares.* VI. *Medidas para paliar los perjuicios que pudieran derivarse de la adopción de medidas cautelares y caución o garantía.* VII. *Comunicación del auto de adopción de la medida cautelar.* VIII. *Adopción de la medida en caso de especial urgencia.* IX. *La medida cautelar en caso de inactividad de la administración o vía de hecho.*

I. MEDIDAS CAUTELARES EN SEDE JUDICIAL

Las medidas cautelares en sede judicial discurren por un camino paralelo e independiente al del fondo del asunto que se trata de dirimir en los tribunales, aunque evidentemente conectado con él. Su importancia y trascendencia en la jurisdicción contencioso-administrativa española está fuera de duda, y quizá su formulación legal y jurisprudencial pueda servir de modelo parcial para el desarrollo de esta jurisdicción en otros países.

Para su estudio, nada mejor que aproximarse al contenido de los artículos 129-136 de la Ley 29/1998, del 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

II. LA SOLICITUD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El artículo 129 LJ determina:

1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.

2. Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda.

1. *Consideraciones generales*

Quizá venga a cuento recordar aquella frase de Chiovenda, que decía: “la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”. Este principio se refleja también en la necesidad de las llamadas medidas cautelares o, más solemnemente, a la vista de la relevancia constitucional que se les ha reconocido, justicia cautelar. La tutela cautelar es concebida, por tanto, por la ley como un medio de asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia que recaiga en el proceso, contrarrestando así los efectos que se derivan del privilegio de la ejecutividad del acto administrativo.

Mucho han cambiado las cosas desde el contenido que se les reconocía en el artículo 100 de la Ley Santamaría de Paredes, de 1888, cuyos principios han estado en buena medida vigentes hasta la entrada en vigor de la LJCA/1998:

Los tribunales de lo Contencioso-Administrativo podrán acordar, oído el fiscal, la suspensión de las resoluciones reclamadas en la vía contenciosa, cuando la ejecución pueda ocasionar daños irreparables, exigiendo fianza de estar a las resultas al que hubiere pedido la suspensión.

Si el fiscal se opusiere a la suspensión, fundado en que de ésta puede seguirse perjuicio al servicio público, no podrá llevarse a efecto sin acuerdo del gobernador o del Gobierno, según que la resolución reclamada proceda de la Administración local, o provincial, o de la central, los cuales expondrán como fundamento de su acuerdo las razones que aconsejen tal medida.

Cuando de la suspensión de las resoluciones de que trata el párrafo anterior pueda seguirse menoscabo al servicio público, se limitará el Tribunal a dar curso a las pretensiones de suspensión, elevándolas con su informe al Ministerio o autoridad a quien incumba resolverlas.

Tal y como aseguró Calamandrei, las medidas cautelares se sitúan a medio camino entre las exigencias de celeridad en la tramitación de los procesos y la tutela efectiva de los derechos e intereses litigiosos: son el medio indispensable para cohonestar la necesidad de “hacer pronto” con la necesidad de “hacer bien”. Y todo ello teniendo presente que se trata de armonizar el principio de seguridad jurídica con el principio de eficacia de la acción administrativa (ATS del 14 de marzo de 1994):

La razón decisiva para acceder o no a la suspensión de la ejecución del acto o disposición, objeto de impugnación en vía jurisdiccional, se encuentra en la coordinación del aludido principio de efectividad de la tutela judicial con el de la eficacia administrativa, y así lo ha declarado esta misma Sala y Sección del Tribunal Supremo, recogiendo la doctrina interpretativa de los artículos 122 a 125 de la Ley de esta Jurisdicción... al resolver, en su Sentencia del 21 de noviembre de 1993 (artículo 9824) el Recurso de casación 1912/1992 interpuesto por el abogado del Estado contra un auto en el que el Tribunal de instancia accedió a la suspensión de la ejecución del acto impugnado, expresando que la naturaleza y finalidad de la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo, objeto del recurso contencioso-administrativo, como específica y singular medida cautelar contemplada por la Ley durante la tramitación del proceso, exige armonizar dos principios, cual son el de la efectividad de la tutela judicial (arts. 24.1 y 106.1 de la Constitución y artículos. 7o. y 8o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y el de la eficacia administrativa (artículos 103 de la Constitución, 45.1, 101 y 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, 56, 57, 94, 111 y 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 122.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Uno y otro amparan dos intereses: el de evitar que, a través de la ejecución del acto impugnado, se causen perjuicios de imposible o difícil reparación y el de impedir el daño a los intereses públicos, que pudieran derivarse de la suspensión de la ejecutividad. La tensión en que aparecen dichos intereses, exige ponderar, en cada caso concreto, su preeminencia o prevalencia a fin de dirimir la contraposición de los bienes enfrentados, lo que da lugar a una extremada casuística difícil de reducir a reglas.

2. Caracteres

Tal y como ha señalado la doctrina autorizada, se pueden enumerar los siguientes caracteres que se asignan a las medidas cautelares:

- Jurisdiccionalidad. Tienen carácter jurisdiccional y no administrativo, pues se toman en el proceso con una finalidad aseguradora de sus fines. Sin embargo, también debo señalar que la ley autoriza a la administración para adoptar medidas de suspensión cuando se interponga un recurso contencioso-administrativo, las cuales deben estimarse compatibles con las que pueda adoptar el tribunal.
- Perentoriedad. Se justifican para evitar que se cause un daño irreparable al resultado del proceso, por lo que su razón de ser es el *periculum in mora*.

- Provisionalidad. Solo perviven en tanto se dicta la sentencia que resuelve definitivamente el proceso y se procede a su ejecución.
- Instrumentalidad. Son instrumento del proceso, que es a su vez un instrumento para la aplicación del ordenamiento jurídico y la tutela de los derechos e intereses legítimos. Sobre este particular, la STC 148/1993, del 29 de abril ha destacado: “...el cariz instrumental y provisional de las medidas cautelares presupone la pendencia del proceso principal y, por consiguiente, poseen generalmente una vigencia temporal que se extingue cuando emana la sentencia”.
- Discrecionalidad. La apreciación que se hace tiene este carácter, valorando las circunstancias que aconsejan o no su adopción. Debe desenvolverse dentro de los límites impuestos por la ley y por la equidad en la ponderación de los intereses afectados.
- Justificación. La medida cautelar requiere una prueba o justificación del derecho o interés que se hace valer en el proceso y a cuya acreditación se tiene, una apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* (STS del 6 de octubre de 1997, artículo 7420):

En último término se hace mención a la apariencia de buen derecho que avala, a juicio del recurrente, su reclamación. El auto recurrido, por el contrario, atribuye la apariencia de legalidad en favor del acto impugnado. Existe, por tanto, un debate en el que pugnan normas pertenecientes a ámbitos distintos del ordenamiento jurídico —el de los carburantes y el de las carreteras—, en el que las competencias se atribuyen a Administraciones diferentes —Estatual y Autonómica—, y en el que la determinación de la norma prevalente por razón del tiempo y el espacio es decisiva. Cuestiones todas que llevan incluso al recurrente a acudir al elemento teleológico para discernir cuál es la aplicable. El estudio de estas materias excede del marco de la pieza de suspensión y han de ser objeto de la sentencia que en su día se dicte, pues la apariencia de buen derecho, como indica la propia palabra “apariencia” aspecto externo, ha de revelar una legalidad o ilegalidad “a primera vista”, lo que no ocurre en el caso presente, en donde es preciso hacer exégesis e interpretación de normas para esclarecer su concreta aplicación demasiado aventuradas en fase tan temprana del proceso, cuando casi no ha comenzado el debate procesal.

- Sumariedad. Se adoptan en un procedimiento acelerado con medios de alegación y prueba limitados.
- Caducidad. Caducan cuando es necesaria su ratificación y ésta no se produce.
- Variabilidad. Se adoptan *rebus sic stantibus*, por lo que pueden ser modificadas en cuanto se modifiquen las circunstancias que presidieron su adopción o se conozcan otras nuevas.

- Indemnidad. Si el proceso no puede convertirse en daño para quien hace valer su derecho, tampoco puede la medida cautelar originar un perjuicio injusto al demandado. Por ello, la caducidad de la medida o su extinción por falta de ratificación o por desestimación de la pretensión principal puede dar lugar a la indemnización de los daños y perjuicios causados. Asimismo, la adopción de la medida cautelar puede estar sujeta, para garantizar dicha indemnidad, a la prestación de una fianza o caución.

3. *Derecho comunitario*

El derecho comunitario europeo ha manifestado una intensa evolución de la justicia cautelar. Desde las sentencias *Factortame* y *Zuckerfabrik*, del 19 de junio de 1990 y 21 de febrero de 1991, respectivamente, hasta las más recientes sentencias *Atlanta*, del 9 de noviembre de 1995 y *Antonissen*, del 1997, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha avanzado considerablemente en esta materia, permitiendo al juez nacional, no ya suspender cautelarmente las leyes del país que estuvieran en contra del derecho comunitario o los propios reglamentos comunitarios cuando existieran dudas sobre su validez, sino incluso adoptar medidas cautelares positivas frente a la aplicación de los reglamentos.

4. *El nuevo texto de la LJ/1998*

El nuevo texto definitivo de la Ley, a cambio de una extraordinaria apertura, en cuanto al tipo de medidas cautelares que pueden adoptarse, se inclina por una gran indefinición en cuanto a su objeto y contenido. Así, el tenor literal del artículo 129.1 establece que los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. Su redacción posibilita que se puedan adoptar también medidas provisionales y anticipadas. En este sentido, la exposición de motivos de la ley determina:

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.

5. *Inconstitucionalidad de la supresión de la justicia cautelar*

Sobre esta materia debo hacer las siguientes afirmaciones:

- La justicia cautelar constituye una exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva.
- La ejecutividad del acto administrativo no afecta a la tutela judicial en la medida en que el tribunal puede decidir sobre la suspensión.

En relación con los actos sancionadores, el Tribunal Constitucional ha reconocido el carácter de medida cautelar que tiene la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo. La STC 66/1984, del 6 de junio, estableció:

...la ejecutividad de los actos sancionadores pertenecientes a la categoría de los de este recurso no es algo indefectiblemente contrario al derecho a la tutela judicial efectiva. En el caso presente, estando abierto el control judicial, por la vía incidental con ocasión de la impugnación del acto, de modo que se garantice la valoración de los intereses comprometidos por la ejecutividad, o por la suspensión, intereses que son, junto a los de las partes en eventual litigio, los intereses generales, y a la técnica preventiva que es propio de lo pendiente de decisión judicial, el contenido esencial del derecho a la tutela judicial no padece. La rigurosidad de la regla de la no suspensión arbitrando para las hipótesis estimatorias del recurso difíciles fórmulas reintegrativas o permitiendo situaciones irreversibles, o generando de una u otra forma limitaciones carentes de justificación respecto al acceso a la jurisdicción, podrán dañar el derecho a la tutela judicial y justificarán que, desde la idea del artículo 24.1 de la Constitución, se reinterpreten los preceptos aplicables. Sin embargo, no se podrá, acudiendo a la mención de aquel precepto constitucional, entenderse desaparecida la ejecutividad o, poniendo más el acento en uno de aquellos intereses que en otro, relegar o despreñar otros, tanto generales como de terceros. El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión. El recurrente ha gozado de esta garantía en dos instancias.

Todavía con más claridad lo ha expuesto la STC 78/1996, del 20 de mayo:

...el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación jurisdiccional de su denegación y si se ejercitó en el proceso debe dar lugar en el mismo a la correspondiente

revisión específica. “El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión” (STC 66/1984). Si, pues, hemos declarado que la tutela se satisface así, es lógico entender que mientras se toma aquella decisión no pueda impedirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en Juez.

Respecto a los actos administrativos en general, el Tribunal Constitucional ha reconocido la facultad de acordar la suspensión del acto administrativo como contrapeso a la prerrogativa de ejecutoriedad. Entre otras puedo citar la STC 148/1993, del 29 de abril, que establece:

...el derecho a la tutela se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que sea menester, resuelva sobre la suspensión porque la rigurosidad de la regla de la no suspensión arbitrando para las hipótesis estimatorias del recurso difíciles fórmulas reintegrativas o permitiendo situaciones irreversibles, o generando de una u otra forma limitaciones carentes de justificación respecto al acceso a la jurisdicción, podrán dañar el derecho a la tutela judicial y justificarán que, desde la idea del artículo 24.1 de la CE, se reinterpreten los preceptos aplicables (STC 66/1984).

- El reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva impide al legislador suprimir de modo absoluto la facultad del juez de adoptar medidas cautelares. Sobre esta cuestión, la STC 238/1992, del 17 de diciembre, determinó:

...reconocida por ley la ejecutividad de los actos administrativos, no puede el mismo legislador eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse en el proceso contencioso-administrativo; pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que, por equilibrar y ponderar la incidencia de aquellas prerrogativas, se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva.

6. *El proceso de adopción de medidas cautelares*

Tal y como ha señalado el profesor González Pérez, estamos ante un proceso especial, de carácter instrumental, pues su misión es facilitar otro proceso, garantizando la eficacia de sus resultados mediante la suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto de la pretensión en aquél deducida.

Es competente para conocer de la pretensión el mismo órgano jurisdiccional que conozca del proceso principal.

La nueva Ley reconoce legitimación activa para solicitar la adopción de las medidas cautelares a los interesados, y legitimación pasiva a los que adoptan la posición de demandados. Tal y como se ha redactado el artículo 129.1, reclama la iniciativa de parte.

Respecto al plazo para solicitar la adopción de la medida cautelar, el artículo 129.1 determina que se podrá pedir en cualquier estado del proceso, es decir, desde la iniciación del mismo, que tendrá lugar, ordinariamente, por escrito de interposición o, en su caso, mediante demanda (impugnación de disposiciones generales, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados o lesividad, conforme recogen los artículos 45.4 y 5 LJCA/1998).

Lo único que determina el apartado segundo del artículo 129 es la necesidad de formular la petición en el escrito de interposición o en el de demanda, si se impugnara una disposición general, y se solicitara la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados. Por tanto, este precepto vincula la petición de suspensión al objeto del recurso, de tal modo que es posible referir la petición de suspensión al reglamento en su integridad o a varios preceptos del mismo según se impugne aquel de forma completa o parcialmente en su articulado, e, incluso, será posible impugnar el reglamento en su totalidad y limitar la petición de suspensión a determinados preceptos del mismo.

III. ADOPCIÓN Y DENEGACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Su regulación se determina en el artículo 130, LJ:

1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.
2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de esta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el juez o tribunal ponderará en forma circunstanciada.

1. *Consideraciones generales*

En esta materia se ha producido una gran evolución desde la Ley de 1956 a la actual. En la primera, la única medida cautelar admisible era la

suspensión de la ejecución, si esta podía ocasionar daños de difícil o imposible reparación, y así se acreditaba. Tal y como señalaba la jurisprudencia (ATS del 27 de septiembre de 1971):

Que con tales enunciados se muestra que la suspensión de la ejecución constituye medida de excepción de la regla general preceptiva indicada, y que, por tanto, dado el carácter restringido de aquélla, no basta, en fundamento positivo de su aplicación, la posible generación de perjuicios con el acto recurrido, sino que la apreciación de la irreversibilidad de ellos es la que únicamente puede llevar a la adopción de la resolución suspensiva y en el caso que ahora se plantea no se ofrece la concurrencia de semejante circunstancia indispensable de la irreparabilidad o dificultad insuperable desde el momento que susceptible de valoración económica los daños o perjuicios que pudiera acarrear la privación de los locales en cuestión.

La ley vigente se decanta por la fórmula que establece el artículo 56.1 de la LOTC, para legitimar la medida cautelar de suspensión de la ejecución del acto por el cual se reclama el amparo constitucional. El contenido de este artículo es el siguiente:

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.

Sin embargo, a mi juicio, el órgano jurisdiccional no puede prescindir de valorar la apariencia de buen derecho.

2. *El fumus boni iuris*

La adopción de medidas cautelares cuando se invoque el *fumus boni iuris* exige apariencia jurídica de buen derecho; urgencia en la adopción de la medida cautelar; imposibilidad de prejuzgar, anticipar o decidir, directa o indirectamente, el fondo de la cuestión. Si bien es cierto que la nueva Ley no alude a este requisito, evidentemente no puede prescindirse de él, por derivar de la naturaleza de la propia institución y de la aplicación de los principios generales. Sirva de argumento el ATS del 7 de octubre de 1997, artículo 7229:

El principio de que la necesidad del proceso para obtener la razón no debe perjudicar al que la tiene ha sido considerado por la jurisprudencia (Ss. de 12 de enero y 23 de abril de 1991 —Ar. 3423— y 4 de diciembre de 1995 —Ar. 9058—) como causa determinante de la suspensión de la ejecución, cuando el recurso contencioso-administrativo viene justificado de antemano de tal manera que, sin prejuzgar la decisión final que haya de dictarse, pueda razonablemente entenderse que habrá de ser estimado, apariencia de buen derecho.

La recepción de este principio tiene su principal *leading case* en el auto del Tribunal Supremo del 20 de diciembre de 1990, artículo 10.412, que supone, en sus propias palabras: “...una nueva manera de entender el mismo artículo 122 de la Ley Jurisdiccional, que le despoja de las rigideces que una lectura aislada del mismo viene atribuyéndoles”, y pasa por afirmar que

...nuestro derecho... alberga ya en su seno el derecho a la tutela cautelar, que está inserto en aquél. Lo que visto, por su envés, significa que tienen tanto la Administración como los Tribunales que acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso judicial).

Estimando que el ayuntamiento está reconociendo que “... «prima facie» la situación jurídica de los apelantes no es de franca y radical ilegalidad, que incluso parece que una actuación administrativa la ampara, que puede haber posibilidad de legalizarla...”, indicando que dicha apreciación de buen derecho “...no supone prejuzgar el fondo, porque puede ocurrir que el estudio del fondo destruya esa apariencia...”, para concluir en que, también, la ejecución del acto “...conlleva perjuicios graves para los recurrentes que viven de la explotación de las naves para cuadras de ganado y no consta que tipo de perjuicios pueden seguirse de la ejecución ni para el interés público ni para el de terceros...”.

Quizá resulte de interés reproducir también la STS del 10 de febrero de 2000, artículo 2114, que recuerda la jurisprudencia sobre el *fumus* como causa de suspensión del acto recurrido diciendo:

...es doctrina reiterada de esta Sala que para que proceda la aplicación de la doctrina del *fumus boni iuris* como causa de suspensión del acto recurrido es necesario que concurran dos requisitos, de una parte una apariencia razonable de buen derecho en la posición del recurrente y de otra una falta de contestación seria de la Administración que destruya aquella apariencia. El primero de los requisitos exige para poder aplicar la doctrina del *fumus boni iuris*... que en las actuaciones de que se trate aparezcan datos relevantes que justifiquen que pueda apreciarse la apariencia de buen derecho sin necesidad de efectuar

un análisis en profundidad de la legalidad del acto impugnado ya que tal estudio corresponde hacerlo en los autos principales. Como declaramos en nuestra sentencia del 21 de noviembre de 1993 (recurso de casación 1012/1992), los intereses que han de ser objeto de examen y ponderación al decidir sobre la solicitud de medidas cautelares, singularmente la de suspensión de la ejecutividad del acto impugnado, originan una extremada casuística difícil de reducir a reglas, lo que ha derivado en la versatilidad de la jurisprudencia de este Tribunal con la posibilidad consiguiente de que tesis opuestas encuentren apoyo en diferentes resoluciones que atendieron, lógica y naturalmente, a la protección concreta del interés más digno de ella o, expresado de otra manera, decidieron según justicia del caso concreto. Lo cierto es que si la doctrina de buen derecho se ha incorporado como criterio jurisprudencial para decidir la procedencia de una concreta medida cautelar y singularmente la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado, así en Auto de 31 de enero de 1994 (recurso de apelación 1114/1991) que dicha doctrina, tan difundida cuan necesitada de prudente aplicación, debe tenerse en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición de carácter general declarada previamente nula de pleno derecho, o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente, pero no al impugnarse un acto administrativo en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario, se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la vigente Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque, el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto de pleito (Autos de 10 de julio de 1989, 2 y 19 de noviembre de 1993 y 31 de enero de 1994).

3. *Interés público e interés privado. La ponderación circunstanciada de todos los intereses en conflicto*

No es fácil precisar el concepto de interés público o interés general. Y es necesario hacerlo, porque el artículo 130 determina que habrá que ponderar circunstanciadamente todos los intereses en conflicto, y que la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el juez o tribunal ponderará en forma circunstanciada.

Tal vez sea este el momento de acotar en qué consiste esa *entelequia* que utilizamos los juristas con asiduidad: “interés público/interés general”. Cabe preguntarse si cuando hablamos de interés público, estamos hablando de un concepto jurídico indeterminado, o nos referimos a una arbitrariedad

de los poderes públicos. Se admite por la doctrina que estamos en el primer supuesto, y que es posible su control judicial. Así ha sido explicado, aunque con matices, por Alejandro Nieto, en su artículo “La administración sirve con objetividad los intereses generales”, en *Estudios sobre la Constitución Española (homenaje al profesor Eduardo García de Enterría)*:

...los intereses generales son *indefinidos* (en cuanto que ninguna norma lo hace) e *indefinibles objetivamente* (en cuanto que no existe criterio objetivo alguno para realizar esta operación), con la consecuencia de que su función primordial sigue siendo ideológica, es decir, de cobertura legitimadora de los Poderes públicos para justificar el contenido de sus decisiones e incluso su mera intervención formal en las relaciones sociales.

Constatado esto, el análisis ha demostrado, sin embargo, que no es lícito detenerse aquí, ya que la función ideológica tiene una segunda vertiente no menos importante: la limitación del poder. Si el poder se legitima por los intereses generales, es claro que la legitimación únicamente opera cuando existen tales intereses, y fuera de ellos la actuación se convierte en ilegítima.

Y García de Enterría en su artículo “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *REDA*, 89 (1996) dice:

..., pero me parece que no puede haber ninguna duda en estos dos asertos esenciales: primero, que el término “interés general” es, en efecto, un “concepto jurídico indeterminado” en cuanto es utilizado por las Leyes; y, segundo, que justamente por ello, y sólo por ello, el juez puede controlar —y controla de hecho— su aplicación por la Administración... Que la idea de interés público o de interés general es un “concepto legal” (mejor que “jurídico”, para evitar el equívoco de que se trate de cualquier construcción intelectual y abstracta, como podría dejarse suponer) de alcance indeterminado, es la evidencia misma, desde el momento en que las leyes lo emplean con frecuencia y porque su alcance es, evidentemente, indeterminado, pues no permite una aplicación precisa, determinada e inequívoca en un supuesto dado... Interés general o interés público son guías claras que utiliza el constituyente para organizar instituciones o actuaciones públicas. En modo alguno podrían interpretarse, precisamente, como expresiones que habiliten a los titulares de los poderes públicos para acordar lo que su buen querer o imaginación puedan sugerirles, como habilitantes de una verdadera discrecionalidad, en sentido técnico, según la cual cualquier decisión, cualquier opción entre alternativas sería legítima. Más bien la intención del constituyente... viene a ser precisamente la contraria... La Administración no cuenta con una autonomía de actuación completa. Su actuación está en principio determinada por las Leyes, las cuales son las que efectúan, dentro de la Constitución, la selección de lo

que en el concierto social debe ser calificado de interés general y confiado, en una u otra medida, a la gestión administrativa. Pero esta primera selección no agota la función del interés público. Con toda normalidad, las leyes encomiendan a la Administración una actuación determinada, y aun, dentro de ese ámbito de actuación, prescriben la necesidad de que la Administración tome en cuenta para adoptar ciertas medidas (excepciones al régimen común, adopción de medidas exorbitantes, etcétera), *un interés más cualificado*.

Tal y como ha precisado el ATS del 31 de julio de 1990, artículo 6825: “El conflicto de máximos enfrenta al interés público que reclama la ejecución con el privado que precisa de la medida cautelar a riesgo en otro caso de daños irreversibles o de difícil reversión. La prevalencia del interés público justificaría, por regla general, en tales casos la denegación de la suspensión”. Y con posterioridad la STS de 13 del enero de 1997, artículo 127:

Es doctrina de esta Sala expuesta ya en el Auto de 24 de mayo y Sentencia de 19 de septiembre de 1995 (artículo 4030 y 6433), que la medida judicial de suspensión de la ejecución de los actos administrativos sujetos a control jurisdiccional, que se regula en los artículos 122 y 126 de la Ley Jurisdiccional, aparece legalmente condicionada en su adopción al resultado de un juicio ponderativo en el cual se consideren, de una parte, el interés público en la inmediata ejecución del acto, desde el concreto enfoque de la perturbación que para dicho interés pueda seguirse en la transitoria suspensión del ejercicio del acto y, de otra parte, el interés, también público, en la preservación del derecho del recurrente a la efectividad de la tutela que recaba —artículo 24 de la CE—, para el caso de que la sentencia llegue a estimar las pretensiones que ejercita en el proceso, en cuanto dicho interés pueda quedar afectado por la inmediata ejecución del acto o disposición recurridos, si de la misma van a seguirse daños o perjuicios de imposible o difícil reparación; por ello para que sea posible acordar la suspensión de la ejecución del acto objeto del recurso contencioso-administrativo, constituyendo así una excepción al principio general de la ejecutividad, es necesario, en primer lugar, que la ejecución pueda ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, como exige el artículo 122.2 de la Ley de esta Jurisdicción y ponderar, en segundo término y en cada caso, según expresa la Exposición de Motivos de dicha Ley, la medida en que el interés público requiera la ejecución, para otorgar la suspensión en mayor o menor amplitud según el grado en que el interés público esté en juego; ello implica que cuando las exigencias de ejecución que el interés público presente sean reducidas, bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión y, por el contrario, cuando aquellas exigencias sean de gran intensidad, sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución.

Como ha afirmado González Pérez, interés público, por una parte, y perjuicios, por otra, son pues los dos conceptos que armonizados, determinarán la procedencia o improcedencia de la suspensión. Y en todo caso, tal y como ha determinado la STS del 16 de junio de 1997, artículo 5443:

Toda vez que esa obligada toma en consideración de intereses contrapuestos puede llevar a detectar situaciones en que no quepa, o sea sumamente difícil, preservar el efecto útil de cualquiera de las posibles sentencias con que haya de culminar el proceso, debe asumirse que la aplicación de aquel precepto, reinterpretado desde las exigencias constitucionales, no excluye la toma en consideración del criterio de la apariencia del buen derecho —*fumus boni iuris*— (así, y por todas, la STC 148/1993); ello es así, lisa y llanamente, porque el examen provisional que comporta este último criterio, arriesgado sin duda en el momento procesal en que se produce, puede llegar a constituir la única vía a través de la cual evitar, mediante un juicio de razonabilidad, provisional por supuesto, emitido precisamente por quien tiene atribuida constitucionalmente la función de juzgar, el riesgo mayor, desde la perspectiva del Estado de Derecho, de la irreversible conculcación de los derechos en litigio; y por la vinculación más fuerte del órgano judicial para con la preservación de aquel derecho fundamental.

En el juicio de ponderación entre interés público e interés privado, la medida cautelar debe considerar también el riesgo inherente al *periculum in mora*.

4. *El periculum in mora y la pérdida del recurso de su finalidad legítima*

A pesar de la modificación que ha sufrido la redacción de la nueva Ley, que ya no utiliza la fórmula clásica “causar daños de imposible o difícil reparación”, y sí emplea la inspirada en el artículo 56.1 de la LOTC, “hacer perder su finalidad legítima al recurso”, entiendo que no se ha modificado el sentido, significado y alcance del *periculum in mora*. Y realizo esta afirmación, porque la adopción de medidas cautelares se basa, precisamente, en el intento de evitar que el paso del tiempo impida alcanzar la satisfacción del derecho o interés cuya tutela judicial efectiva otorgará, en su momento, la sentencia definitiva.

Tal y como indica de forma expresa el artículo 129 LJCA/1998 “asegurar la efectividad de la sentencia” y evitar el riesgo inherente a la eventual ineficacia del fallo en la situación producida en el momento en que se alcance a dictarlo, es a lo que se dirige la medida cautelar. Por eso, según el artículo 130.1 LJCA/1998 «previa valoración circunstanciada de todos los in-

tereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso». Y de este modo, este precepto consagra el llamado *periculum in mora* como el primer criterio que debe tenerse en cuenta para la adopción de una medida cautelar.

IV. EL INCIDENTE CAUTELAR

El artículo 131 LJ determina la regulación del incidente cautelar:

El incidente cautelar se sustanciará en pieza separada, con audiencia de la parte contraria en un plazo que no excederá de diez días, y será resuelto por auto dentro de los cinco días siguientes. Si la Administración demandada no hubiere aún comparecido, la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada.

1. *Consideraciones generales*

El precedente de este artículo se encuentra en el numeral 123.2 y 123.3 de la Ley de la Jurisdicción de 1956, cuyo tenor literal era el siguiente:

2. Solicitada la suspensión, se oirá al Abogado del Estado y a las partes demandadas y coadyuvantes, si hubieren comparecido, por término común de cinco días, y si el Abogado del Estado se opusiera a la misma, fundado en que de ésta puede seguirse grave perturbación a los intereses públicos, que concretará, no podrá el Tribunal acordarla sin que previamente informe el Ministerio o autoridad de que procediese el acto o la disposición objeto del recurso. 3. Emitido el informe, o transcurrido un plazo de quince días sin haberlo recibido, el Tribunal ordenará lo procedente.

Evidentemente, en ambos casos la suspensión se configura como un incidente del proceso principal, que se sustanciará en pieza separada, y no suspende el curso del principal. En el nuevo artículo se hace una referencia genérica a las partes, frente a la redacción del precedente, que enumeraba y delimitaba a los comparecientes. También se amplía en el actual el plazo, que pasa a ser de diez días, aunque nada impide que el órgano jurisdiccional lo pueda concretar en uno menor, siempre que así lo justifiquen las circunstancias del caso. La decisión a adoptar se tomará en el plazo de cinco días, frente a la redacción anterior, en que estaba indeterminada, aunque se sugería que se adoptaría con prontitud. Además, el precepto que comento

incorpora una innovación que determina que si la administración demandada no hubiera comparecido, la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada. Esta opción se explica y justifica, porque la condición de administración demandada puede en algún caso no ser coincidente con la autora de la decisión impugnada, y por otra, al momento en que se comparece (con carácter general con el envío del expediente, artículo 50.2); de modo que para la celeridad en la resolución del incidente se permite que el órgano jurisdiccional emplace directamente al autor de la decisión sometida a la revisión judicial para que, por sí mismo, formule las alegaciones que considere oportunas respecto a la adopción de la medida cautelar.

Tal y como ha señalado la doctrina autorizada (Sala Sánchez, Xiol Ríos y Fernández Montalvo)

...la expresión “pieza separada”, tradicional también en el foro, se refiere al conjunto de actuaciones materialmente independiente del proceso principal (o autos principales) por cuanto se van uniendo los distintos documentos, resoluciones, diligencias, etcétera que lo integran como si de un proceso autónomo se tratara. A veces, para evitar extravíos, se unen en “cuerda floja” al proceso principal, es decir, mediante una cinta o cordel que sujeta los autos principales y la pieza separada por ambos extremos dejando una holgura de varios centímetros para que puedan ambos manejarse independientemente pero sin que sea posible alejarlos el uno del otro. Algunos tribunales usan también esta forma material de sujeción para el expediente administrativo.

Del artículo que estoy comentando se desprende que la sustanciación de la solicitud de adopción de medidas cautelares debe ajustarse al procedimiento incidental regulado en la LEC. En el caso de que la solicitud planteada carezca de los mínimos requisitos indispensables para que pueda entenderse formulada una petición de medida cautelar, o la solicitud sea extemporánea, el órgano jurisdiccional podrá repeler la petición, sin abrir pieza separada para tramitar el incidente. Pues tal y como determina el artículo 11.2 de la LOPJ: “los Juzgados y Tribunales rechazarán fundamentalmente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”.

2. *Tramitación*

La solicitud para que se adopte la medida cautelar podrá deducirse en escrito independiente o por medio de otro si en alguno de los escritos que haya de presentar el demandante. A continuación se dará audiencia a las

partes para posibilitar el principio de contradicción, y respecto a la administración, tal y como ha afirmado González Pérez, caben dos posibilidades: *a*) que en el momento de la audiencia ya se hubiera personado. El trámite se evacuará por el representante de la administración; *b*) que no hubiera comparecido la administración demandada. En este supuesto, la audiencia se entenderá con el órgano de la actividad impugnada.

Formuladas las alegaciones o transcurrido el plazo concedido, el órgano jurisdiccional deberá dictar auto en el plazo de cinco días. Deberá ser motivado, tal y como determinó la STS del 24 de noviembre de 1994, artículo 8615: el artículo 248.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los autos serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos, y por último la parte dispositiva, y serán firmados por el juez o magistrado que los dicten. Pues bien, al examinar los autos del 8 de noviembre de 1983 y del 14 de enero del tribunal *a quo*, aparecen sin tacha formal alguna y además están suficientemente motivados. En efecto, el primero de los autos citados expresa la regla general de la ejecutividad de los actos administrativos, y pone en relación los artículos 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el 94 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y a continuación pasa a enumerar los supuestos en los que procede la suspensión del acto para concluir que, en el caso que resolvió no resultan, a juicio del tribunal *a quo*, aplicables ninguna de las excepciones enumeradas: de ahí su decisión que fue ratificada al ser confirmado íntegramente dicho auto por el desestimatorio del recurso de súplica del 14 de enero de 1994. La razón de tal desestimación la expresó el tribunal de instancia en su único fundamento jurídico, expresivo de que las razones expuestas por el recurrente en súplica no fueron suficientes —a juicio del tribunal— para desvirtuar lo razonado en el primero de los autos citados» y el ATS del 22 de septiembre de 1997, artículo 7640:

Es cierto que la resolución denegatoria de la suspensión dictada por la Sala de primera instancia se limita a justificar aquélla con el argumento de que los perjuicios que pudiesen irrogarse serían susceptibles de compensación económica y, por consiguiente, no son irreparables ni de difícil reparación.

Este sucinto razonamiento es coherente y comprensible, por lo que, desde una perspectiva formal, podríamos decir que cumple el requisito de la motivación, aunque no haya expresado las circunstancias por las que el perjuicio que habría de producirse sea meramente económico y su importancia o cuantía no constituya un desequilibrio insalvable, pero tampoco se puede negar la razón que asiste a la recurrente al denunciar el empleo por el Tribunal *a*

quo de un impreso para dar respuesta a la petición de suspensión, lo que ha sido tajantemente proscrito tanto por la jurisprudencia de esta Sala [Sentencias de fechas 15 de octubre de 1994 y 29 de octubre de 1994 (Ar. 10117) y Autos de 26 de septiembre de 1994, 8 de noviembre de 1994 (Ar. 10120), 13 de marzo de 1995 (Ar. 2966), 29 de abril de 1995 (Ar. 3408) y 22 de mayo de 1995 (Ar. 4216)], como por la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia 177/1994, de 10 de junio), al declarar que no se cumple satisfactoriamente la exigencia intrínseca de motivación cuando se emplean cláusulas de estilo, vacías de contenido concreto, tan abstractas y genéricas que pueden ser extrapoladas a cualquier otro caso.

La resolución dictada por el órgano jurisdiccional decide que la adopción o no de una medida cautelar reviste forma de auto, tal y como lo establece el artículo 245.1.a) de la LOPJ, al determinar que las resoluciones de los jueces y tribunales que tengan carácter jurisdiccional se denominarán autos cuando decidan, entre otras materias, cuestiones incidentales. El auto que ponga fin a la pieza separada, según la naturaleza del procedimiento, la materia y, en su caso, la cuantía, será recurrible en virtud de lo establecido en la propia LJCA/1998.

V. DURACIÓN, MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Su régimen jurídico se precisa en el artículo 132, LJ:

1. Las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado.

2. No podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.

1. *Consideraciones generales*

Tal y como indica textualmente el artículo 132.1, las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por

cualquiera de las causas previstas en esta Ley, causas que serán las tipificadas en los artículos 74 a 77 de la LJCA/1998. De este modo, si la sentencia es estimatoria, la medida cautelar pasará a tener carácter definitivo. Por el contrario, si es desestimatoria, se extinguirá, y habrá que determinar incidentalmente los perjuicios que haya causado. No debemos perder de vista que la finalidad fundamental de la medida adoptada es asegurar la eficacia del resultado del proceso principal.

Por tanto, queda claro con la redacción de este apartado hasta dónde despliegan sus efectos las medidas cautelares. Debo mencionar que reiterados pronunciamientos jurisprudenciales precisaron (ATS del 21 de marzo de 1997, Ar. 2277):

...la petición de suspensión pierde su sentido cuando recae sentencia en el propio recurso contencioso a cuyo aseguramiento tendía la solicitud, porque entonces de lo que se trata es ya de la ejecución de la propia resolución recaída. En consecuencia, ya no es aplicable el régimen de la ejecutividad de los actos administrativos y de la excepción que supone la medida cautelar que contempla el artículo 122 LJCA/1956, sino que ha de atenerse a la específica previsión establecida en el artículo 98.1 LJCA/1956, según la cual la preparación del recurso de casación no impide la ejecución de la resolución judicial —en este caso sentencia— recurrida en casación antes de la entrada en vigor de la nueva LJCA/1998.

Sin embargo, se plantean algunas cuestiones que no quedan totalmente resueltas. Tal y como ha señalado Mestre Delgado:

...si la medida cautelar adoptada mantiene sus efectos hasta la firmeza de la sentencia, se estaría permitiendo la petrificación de aquélla, con independencia de la sentencia que hubiese resuelto el recurso y dejando al margen las eventuales circunstancias nuevas que pudiesen producirse, ya que el Tribunal *ad quem* carecería de potestades para modificar las medidas, y el Juzgado o Tribunal *a quo* habría perdido su jurisdicción.

Y además señala que la decisión adoptada resulta difícilmente compatible con el régimen previsto de ejecución provisional de las sentencias. En todo caso, la posibilidad de revisar la decisión adoptada en la pieza separada de suspensión del proceso debe someterse a los siguientes requisitos: iniciación a instancia de parte, pues resultaría insólito que de oficio se modificara la medida cautelar; resolución mediante auto que resolverá también sobre la caución.

Si frente al auto que acuerda la medida cautelar se presenta un recurso de apelación o casación, un ATS del 30 de junio de 1971 estableció:

...la provisionalidad de estas resoluciones incidentales, destinadas a resolver transitoria y no definitivamente de hecho, definen por sí solas la procedencia de su ejecutoriedad, y en consecuencia, toda resolución judicial que contenga criterio paralizador del acto administrativo cuya suspensión se interesa se hará efectiva desde el momento en que se dicte, pues de otro modo sería burlar el propio fundamento y finalidad del postulado paralizador de la norma o legalidad que lo regula en aras a la urgencia que lo motiva, frustrando con la dilación impugnatoria las metas perseguidas.

2. *Modificación y revocación de la medida cautelar*

El apartado 2 del artículo 132 deja claro que no podrá modificarse ni revocarse la medida cautelar en los siguientes supuestos: en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el objeto principal; en razón de la modificación de los criterios de valoración que se aplicaron a los hechos para decidir el incidente cautelar. Se trata de buscar la estabilidad de la situación de hecho cautelarmente definida. Por tanto, el órgano jurisdiccional solo podrá revocar o modificar la medida cautelar si cambian las circunstancias en virtud de las cuales se había adoptado, en caso contrario deberán mantenerse (ATS del 7 de julio de 1978, artículo 3186):

Cualesquiera que sean las probabilidades que el artículo 124.4 de la Ley jurisdiccional ofrezca levantar, después de acordada la suspensión de la ejecución del acto impugnado, ello habrá de ser sobre la base cierta de un cambio en las circunstancias de hecho que exija tal revisión, pero no a través de un encubierto recurso extemporáneo contra el auto que lo acordó.

O quizá, ATS del 24 de abril de 2000, que determina:

Primero. El artículo 132 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, establece en el último párrafo apartado primero que las medidas cautelares podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaren las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado, lo que implica determinar, en la cuestión examinada, si ha existido una modificación de las circunstancias concurrentes.

Segundo. El perjuicio de difícil reparación es inexistente en la cuestión examinada, pues en cuanto a la circunstancia primera afectaría a un perjuicio de tipo profesional y se trataría de una consecuencia derivada de la sanción, que no puede servir de soporte para la pretensión de suspensión y en cuanto al retraso escalafonal, la irreversibilidad del daño es inexistente.

Ambos supuestos son susceptibles, en todo caso, de reparabilidad, subsistiendo en la cuestión examinada los razonamientos que se contienen en los precedentes Autos de 26 de octubre de 1999, FF 2 y 3 y en el posterior de 18 de enero de 2000 (RJ 2000, 3029), FF. 1 a 3, dictados en esta misma pieza cautelar de suspensión, por inexistencia de variación sustancial de las circunstancias que motivaron la inicial denegación de la suspensión.

No es admisible la modificación de la medida adoptada cuando se razonara sobre circunstancias ya existentes que pudieron manejarse al adoptar la decisión (STS del 31 de enero de 1994, Ar. 163): “...el artículo 123 sólo permite reiterar la solicitud de suspensión cuando se produzcan circunstancias nuevas que no pudieron tenerse en cuenta cuando se resolvió anteriormente”, pues cuando una de las partes solicita un cambio en la decisión basado en la reconsideración de los mismos hechos anteriores expuestos tardíamente con más detalle, y que eran conocidos por ella previamente, lo que se hace “es equiparable en la práctica a un recurso de súplica tardío y atípico que además se produce estando pendiente el recurso de apelación interpuesto” por la misma parte frente al auto que resolvió el incidente de suspensión. También la aparición en el proceso de circunstancias de hecho que no fueron manejadas en él para adoptar las medidas cautelares, sean nuevas objetivamente, o nuevas para la realidad comprendida en el recurso, justificaría la modificación.

También debo señalar que el precepto deja a salvo, sin embargo, la posibilidad de acordar la medida solicitada y denegada —puesto que literalmente solo excluye la modificación o revocación de las medidas cautelares ya adoptadas, no su adopción cuando fueron denegadas—, respecto de la cual sí parece, en consecuencia, posible la aplicación de nuevos criterios de apreciación. En todo caso, se puede manifestar que debe excluirse la modificación del criterio de valoración realizada en vía de recurso, pues la revisión de la decisión cautelar a través de los recursos pertinentes puede amparar una modificación de los criterios de valoración que afectará a la decisión recurrida.

La competencia corresponde al órgano jurisdiccional ante el que se tramite el proceso principal, en primera o única instancia o en vía de recurso, aunque no hubiera sido el que adoptó la medida cautelar.

VI. MEDIDAS PARA PALIAR LOS PERJUICIOS QUE PUDIERAN DERIVARSE DE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES Y CAUCIÓN O GARANTÍA

La adopción de medidas para paliar los perjuicios que pudieran derivarse y la prestación de caución o garantía se regula en el artículo 133 LJ:

1. Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquellos.

2. La caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho. La medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios a que se refiere el apartado precedente.

3. Levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la Administración, o la persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños sufridos, podrá solicitar ésta ante el propio órgano jurisdiccional por el trámite de los incidentes, dentro del año siguiente a la fecha del alzamiento. Si no se formulase la solicitud dentro de dicho plazo, se renunciase a la misma o no se acreditase el derecho, se cancelará la garantía constituida.

1. *Consideraciones generales*

El apartado primero de este artículo viene a sustituir al 124.1 de la Ley de la Jurisdicción de 1956, cuyo tenor literal era el siguiente: «Cuando el Tribunal acuerde la suspensión exigirá, si pudiera resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero, caución suficiente para responder de los mismos». En la actualidad, la remisión a los “perjuicios de cualquier naturaleza” amplía la órbita de los mismos, y en este sentido las medidas cautelares a adoptar deberán procurar que se eviten o palien, contrarrestando esta atribución con la prestación de caución o garantía suficiente para responder.

Esta configuración jurídica implica que será necesario objetivar y motivar los criterios seguidos para adoptar la medida cautelar o la caución. Debemos tener en cuenta que se diferencian dos alternativas: medidas destinadas a evitar o reducir los perjuicios que se puedan derivar de las cautelas judiciales adoptadas; caución o garantía para indemnizar, si así resultara procedente, al perjudicado. Y el órgano jurisdiccional deberá conciliar el conflicto de intereses que afloran, pues si los del demandado quedan garantizados si se exige una caución suficiente, los del demandante podrían venir lesionados si por falta de medios no puede prestarla. También es posible aunar simultáneamente las dos alternativas, de forma que se adoptan las medidas necesarias, y se establece la obligación de prestar caución o garantía para responder por los daños que se pudieran producir a pesar de las medidas adoptadas.

En todo caso, debo resaltar que existe abundante jurisprudencia que ha determinado las pautas a seguir para una interpretación razonable de este precepto. Así, se ha determinado que la suspensión puede exigir caución suficiente para garantizar el interés público o de terceros, facultad que corresponderá al tribunal cuando concurra el presupuesto de hecho exigido por la norma (ATS del 21 de marzo de 1984, artículo 1339); que es necesario hacer un esfuerzo apropiado de concreción de la lesión para el interés público o de terceros (ATS del 2 de julio de 1990, artículo 5804); que la medida de ese esfuerzo de concreción nos la dará el caso concreto y sus circunstancias (ATS del 17 de junio de 1992); que la lesión ha de tener entidad suficiente para merecer la protección que se le dispensa, y la determinación de la cuantía no puede exceder de la cifra a la que hipotéticamente pudieran ascender los perjuicios ocasionados (ATS del 22 de septiembre de 1984, artículo 4874) e incluso puede suceder que a través del recurso correspondiente se incremente la caución fijada (ATS del 2 de diciembre de 1991, artículo 9276).

Estas cuestiones han sido planteadas y resueltas por STS del 3 de diciembre de 1996, artículo 9518:

...precisamente es doctrina reiterada de este Tribunal, el criterio general de no suspensión de los actos administrativos que impliquen una mera sanción pecuniaria, dada la indiscutida solvencia de la Administración para reparar en su caso, con los intereses, los perjuicios inherentes a cada concreto caso debidamente acreditados y los posibles daños ocasionados con la satisfacción de una sanción pecuniaria y posteriormente declarada su no adecuación a derecho. Y precisamente, por la elevada envergadura del “quantum” dinerario, objeto de la sanción aquí contemplada, ha apreciado acertadamente la Sala “a quo” la difícil reparabilidad del perjuicio que representa ya la inmediata satisfacción de esa importante suma dineraria, con su consecuencia jurídica de la procedencia de la suspensión de la efectiva ejecución de dicha sanción. Pero naturalmente, esa suspensión ha de ir acompañada, precisamente por la importante entidad de la suma a satisfacer de la adecuada garantía posibilitadora de su futuro cumplimiento en su caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 124.1 de la ante citada Ley Jurisdiccional ya que de dicha suspensión sí puede resultar “algún daño o perjuicio a los intereses públicos”. Y es obvia la existencia de tal daño o perjuicio a los intereses públicos, derivado de la misma naturaleza de la sanción, porque en toda pena o sanción administrativa, se ve notoriamente afectado el interés público, cuando sobreviene la imposibilidad de su cumplimiento, si ello es además debido a la propia negligencia o inactividad de la Administración al no haber adoptado las medidas adecuadas para ese normal incumplimiento de lo decretado en el acuerdo sancionatorio. Y si, se ve afectado el interés público, porque como ha venido tradicionalmente

declarando la doctrina jurisprudencial y científica, los fines públicos de toda pena o sanción están constituidos por el principio de retribución a la infracción jurídica cometida por el sancionado, como por los fines de prevención general, para disuadir a terceros de la posible futura comisión de infracciones similares. Es por ello, que el no cumplimiento de las sanciones —salvo supuestos de fuerza mayor o absoluta imposibilidad material— afecta de modo trascendente e importante a los intereses públicos, que presuponen el acatamiento de la normativa jurídica en general, tanto para su directa observancia como para el cumplimiento de las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

En el F. 3, la sentencia expone las razones que justifican la caución: “...necesaria en el presente supuesto para evitar la posible insolvencia total o parcial, sobrevinida, por cualquier posible causa, independiente o dependiente de la voluntad del obligado al pago”. Y respecto de la motivación del auto recurrido, el F. 4 determina:

...el artículo 124.1 de nuestra Ley Jurisdiccional prescribe efectivamente, que en los supuestos de suspensión de la ejecución del acto administrativo objeto de recurso jurisdiccional, los Tribunales exigirán caución suficiente, si pudiera resultar algún daño a los intereses públicos o de tercero. El acto recurrido y su ratificación al resolver la súplica, simplemente se limitan a repetir la redacción del precepto legal citado indicando solamente que la Sala estima que la suspensión “pudiera derivarse daño o perjuicio a los intereses públicos o de terceros”, por lo que se impone la caución por importe del principal de la multa más el 25%. Es evidente, pues, que la Sala no indicó los motivos en que se basaba para entender la posible derivación del daño o perjuicio a los intereses públicos ni en el por qué de la cuantía de la caución, infringiendo así el artículo 120.3 CE, también extensible a los autos judiciales no menos que el 248.2 LOPJ. Como reiteradamente tiene declarado el Tribunal Constitucional —SSTC 55 y 56/1987 y 232/1992, 153 y 154/1995—, en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, se comprende el de obtener, como respuesta a la pretensión de la parte, una resolución fundada en derecho es decir, motivada y razonada, extraña al capricho o voluntarismo. Los fundamentos de la resolución judicial se deben dirigir, en todo caso, a lograr el convencimiento de las partes respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial sobre los derechos controvertidos. Tal falta de motivación expresa sobre la existencia de perjuicios a los intereses públicos o de terceros, así como sobre las razones de la cuantía de la caución, determinan, desde luego, la estimación del motivo, reiterándose aquí las razones expuestas anteriormente, tanto respecto de la posibilidad de resultar daño o perjuicio de los intereses públicos, como de la cuantía de la caución que ha de limitarse al estricto importe del principal de la multa impuesta, garantizándose así de modo pleno, el cumplimiento en su caso, de la sanción impuesta.

También es conveniente considerar si las administraciones públicas están exentas de la prestación de fianzas o avales, en virtud de las prerrogativas reconocidas en su legislación específica. Esta situación ha tratado de justificarse por la solvencia de la administración; la aplicación del régimen financiero que dilataría la constitución de la garantía; la procedimentalización de la ordenación del gasto y la del pago. Sin embargo, tal y como ha señalado la STC 99/1989, del 5 de junio, F. J. 5: “La exoneración de las cargas procesales a favor del Estado o de Organismos públicos estatales requiere... un precepto legal que expresamente lo establezca”. En este supuesto se enmarca el artículo 154.2 LHL: “...los Tribunales, jueces y Autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda Local, ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las Entidades Locales”, y el artículo 12 de la Ley 52/1997, del 27 de noviembre, Reguladora del Régimen de la Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas:

El Estado y sus Organismos autónomos, así como las entidades públicas empresariales, los Organismos públicos regulados por su normativa específica dependientes de ambos y los órganos constitucionales, estarán exentos de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes.

Además, en el párrafo segundo asevera: “En los Presupuestos Generales del Estado y demás instituciones públicas se consignarán créditos presupuestarios para garantizar el pronto cumplimiento, si fuere procedente, de las obligaciones no aseguradas por la exención”.

2. Formas de constituir la caución

Una consideración terminológica de carácter preliminar nos lleva a determinar que “caución” es la garantía o aseguramiento que se constituye para eludir una carga o gravamen. Un ejemplo de esta expresión lo encontramos en el artículo 56, LOTC, que dispone: «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 pudieren originarse». Por “garantía” se entiende cualquier forma válida de aseguramiento de los daños y perjuicios, incluyendo no solo las personales, sino también las reales (pignoraticia e hipotecaria).

Mientras que la doctrina solía considerar que el sistema de 1956 era de *numerus clausus*, la nueva redacción del precepto vigente cierra ese debate y se considera que el sistema es de *numerus apertus*, pues la Ley vigente opta por no enumerar las formas de caución o garantía, y refiere que podrán ser utilizadas cualquiera de las admitidas en derecho. No existe, por tanto, limitación alguna, y puedo señalar que las diversas disposiciones relativas al procedimiento administrativo o tributario establecen normas sobre el afianzamiento, las cuales pueden servir de orientación para la interpretación y aplicación de este precepto. Entre otras se puede citar: LPEA, LHL o el RGR. También debo señalar que la STS del 22 de junio de 1997 (Rec. Casación 5293/1996) ha establecido:

El principio de legalidad, el sometimiento pleno y único al imperio de la Ley (artículos 9.3 y 127.1 de la CE) ordena en términos absolutos el ejercicio de la función judicial. En este caso, la Ley a aplicar se encuentra en los artículos 122 y 124 de la LJCA/1956. Este último, en una redacción que ha permanecido inalterada desde el año en que la Ley entró en vigor, establece que el Tribunal que acuerde la suspensión exigirá —fórmula imperativa— siempre que pudiera resultar daño o perjuicio a los intereses públicos o de terceros, caución suficiente para responder. Precisamente una de las previstas en el apartado 2 del citado artículo 124 ha sido seleccionada por el Tribunal por estimar que, a la vista de las alegaciones de la actora, era la de más fácil constitución. Aquellos preceptos han sido, pues, objeto de una interpretación correcta, pues la posibilidad de que, de no exigir caución, pudieran resultar tales daños o perjuicios a los intereses públicos es un juicio que se ofrece congruente, justo y perfectamente proporcionado al fin a que obedece. Téngase en cuenta que el derecho a la suspensión de la ejecución (tutela cautelar) en cuanto integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (auto del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1990, sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1997 dictada en el recurso de casación 8767/1996 y sentencias del TC 14/1992, 238/1992 y 48/1993) es un derecho de configuración legal que por ello mismo únicamente puede ser disfrutado en los términos previstos por la Ley. Ya hemos visto que la Ley exige caución y que la resolución impugnada ha establecido cabalmente una de las formas de caución previstas por dicha Ley. Antes de concluir esta parte de nuestro razonamiento no estará fuera de lugar indicar además que en el Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, aprobado por el Gobierno el pasado 6 de junio de 1997, no se prevé entre las formas de caución a las que se subordina la suspensión de la ejecución, la de hipoteca inmobiliaria. Todas las que recoge el proyectado artículo 127 (metálico, valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, aval prestado por entidad de crédito o seguro de caución) tienen en común su fácil realización, requisito que desde luego no

caracteriza la caución de hipoteca inmobiliaria por razones que no es preciso desarrollar en este momento... Con otras palabras, las normas contenidas en el artículo 22.2 párrafo 20 del RDL 2795/1980 —que admite entre otras, la garantía consistente en hipoteca inmobiliaria— y en el artículo 76 del RD 391/1996, de 1o. de marzo —que admite garantías suficientes de cualquier tipo— no forman parte de las normas que los Tribunales Contencioso-Administrativos deben tener en cuenta para determinar el tipo de caución que se habrá de exigir para responder de los daños o perjuicios que a los intereses públicos o de tercero pueda provocar la suspensión de la ejecución del acto.

3. *Resarcimiento de los daños sufridos*

El apartado tercero del artículo que estoy comentando es similar al artículo 124.4 de la Ley derogada, que disponía:

...levantada la suspensión, al término del recurso o por cualquier otra causa, la Administración o persona que pretendiese tener derecho a indemnización de los daños causados por la suspensión, deberá solicitarlo ante el Tribunal por el trámite de los incidentes, dentro del año siguiente a la fecha en que aquélla hubiese quedado alzada; y si no se formulare la solicitud dentro de dicho plazo, o no se acreditase el derecho, se cancelará seguidamente la garantía constituida.

La nueva redacción incluye junto con la no formulación de la solicitud en plazo, la renuncia o la falta de acreditación del derecho. El ATS del 10 de febrero de 1972, artículo 843 determinó:

Que para fundar la pretendida prescripción el demandado alega lo establecido en el párrafo 4 del artículo 124 de la Ley de esta Jurisdicción, según el cual, levantada la suspensión al término del recurso o por cualquier otra causa, la persona que pretendiera tener derecho a indemnización deberá solicitarlo del Tribunal dentro del año siguiente a la fecha en que aquélla hubiese quedado alzada, precepto que ya está evidenciando dos momentos distintos en los que empieza el cómputo del plazo de un año para ejercitar la acción de daños; una hipótesis normal que es la originada por el levantamiento de la suspensión al finalizar el recurso, y otra hipótesis anormal es aquella en la cual la suspensión se alza por cualquier otra causa, pero cuya segunda causa queda sin efecto, desde el momento en que si bien se alzó la suspensión acordada, este alzamiento fue sólo parcial y además se hallaba sometida la posible construcción que hiciera el señor G. a lo que resultara en definitiva de la sentencia que en su día dictara el Tribunal Supremo, pudiendo producirse incluso dos sentencias contradictorias, en el caso de que, reclamados por el

señor G. unos daños respecto de la paralización de las cuatro primeras alturas de su edificio y estimada su reclamación por esta Sala, el Tribunal Supremo posteriormente estimara el recurso de apelación, anulando en su totalidad la licencia concedida.

Los requisitos que se detallan son los siguientes: que se levante la medida por sentencia o por cualquier otra causa; que en el plazo de un año, contado desde que se haya levantado la suspensión, se solicite el resarcimiento de los daños irrogados por dicho motivo ante el órgano jurisdiccional competente, que será el que lo fue para conocer del proceso y, por tanto, de la pieza separada de suspensión. Si no se formula la solicitud dentro de ese plazo, se renuncia a la misma o no se acredita el derecho, se cancelará la garantía constituida.

Pronunciamientos jurisprudenciales han determinado que los gastos generados por la prestación de caución o garantía para lograr la suspensión de la liquidación tributaria, en el caso de que ésta sea declarada nula, son imputables a la administración a título de responsabilidad patrimonial. Así, la STS del 9 de abril de 1997, artículo 3127 determina:

...esta Sala, en Sentencias, entre otras, de 3 de abril de 1990 y 18 de enero de 1995, tiene sentado que “la presentación de avales o garantías produce gastos resarcibles, por estar en relación causal con el acto suspendido, y, si bien es cierto que la simple declaración de nulidad de un acto administrativo no presupone ni genera inexorablemente un derecho a la indemnización, por surgir ésta de la existencia de un daño o lesión patrimonial, sufrida por el particular, como consecuencia del actuar de la Administración, no lo es menos que, si la lesión existe y por añadidura el acto o actuación deviene ilegal, la imputación del daño a la Administración puede resultar obligada” [...]. El nexo causal está representado aquí por la relación entre el funcionamiento anormal de los servicios públicos (práctica de una liquidación tributaria incorrecta) y el daño causado al ciudadano, sea el interés legal de la cantidad ingresada o el del dinero depositado o el rendimiento de los valores públicos o el costo de la fianza o aval bancario.

VII. COMUNICACIÓN DEL AUTO DE ADOPCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR

Esta materia se regula en el artículo 134, LJ:

1. El auto que acuerde la medida se comunicará al órgano administrativo correspondiente, el cual dispondrá su inmediato cumplimiento, siendo de aplicación lo dispuesto en el Capítulo IV del Título IV, salvo el artículo 104.2.

2. La suspensión de la vigencia de disposiciones de carácter general será publicada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107.2. Lo mismo se observará cuando la suspensión se refiera a un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas.

1. *El cumplimiento del auto y la remisión que se hace a la tramitación establecida para la ejecución de sentencias.*

El precedente del artículo que ahora comento (artículo 125) disponía: “Acordada por el Tribunal la suspensión, se lo participará a la Administración que hubiere dictado el acto o la disposición, siendo aplicable a la efectividad de la suspensión lo dispuesto en el Capítulo III de este Título”.

El precepto ahora examinado se remite a los artículos 103 a 113, con la excepción del artículo 104.2. Por tanto, la secuencia de hechos que se describen posibilita que el auto que acuerde la medida se comunique al órgano administrativo que hubiera dictado el acto o disposición impugnado, para conseguir su cumplimiento de la forma más rápida y eficaz. No se hace referencia a la administración matriz, sino al órgano, consideración que ya ha sido objeto de comentario. Y una vez que es recibido se dispondrá su inmediato cumplimiento, de la forma más conveniente para la consecución del objetivo que fija el mismo. Por tanto, tal y como ha señalado la doctrina autorizada (González Pérez), habrá que examinar las distintas situaciones que se puedan plantear, y actuar en consecuencia.

2. *La suspensión de la vigencia de disposiciones de carácter general o actos que afecten a una pluralidad indeterminada de personas*

El artículo 134.2 no tiene precedente en la Ley de 1956, y por tanto es una novedad que incorpora la LJCA/1998. La peculiaridad es la publicación del auto donde se determina la suspensión de la vigencia de disposiciones de carácter general y actos administrativos que afecten a una pluralidad indeterminada de personas, solución coherente y consecuente, por razones de seguridad jurídica. Se actuará tal y como establece el artículo 107.2 LJCA/1998: “Si la sentencia anulara total o parcialmente una disposición general o un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, el órgano judicial ordenará su publicación en diario oficial en el plazo de diez días a contar desde la firmeza de la sentencia”. El diario oficial será el que publique la disposición o el acto administrativo que se suspende, y el plazo de diez días empezará a contar desde la firmeza de la sentencia, aunque debo recordar que esta precisión no es aplicable a los

autos sobre medidas cautelares, ya que su eficacia no queda suspendida por la interposición de recurso, tal y como tuve ocasión de comentar en el artículo 132. También podrá publicarse el auto en periódicos privados a costa de la parte ejecutada si el órgano jurisdiccional estima que concurre causa bastante para ello.

La relación que secularmente se ha establecido entre disposiciones generales y el interés público implicado ha sido objeto de distintos pronunciamientos jurisprudenciales. La STS del 2 de noviembre de 1993, artículo 8768, estableció:

Por el interés público que dimana de la motivación articulada y del Decreto de la Consejería de la Presidencia de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 5 de diciembre de 1990, promulgado en base a la cobertura legal que le confiere la Ley de 27 de marzo de 1989 de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, no puede estimarse el Recurso de Apelación interpuesto contra el auto del Tribunal “a quo” que denegó la suspensión de esa disposición solicitada por el recurrente; toda vez que del contenido de ese Decreto, artículos. 4o., 5o. y 6o., se deduce, inequívocamente, que la Administración demandada, teniendo en cuenta la finalidad de la meritada Ley, pretende que en tanto se elabore en el plazo máximo de un año, un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la zona delimitada en el artículo 2o. del Decreto, no se vea afectada aquélla por el factor de perturbación a que se alude en la motivación del Decreto u otros actos que supongan un deterioro o alteración del espacio natural protegido: “El Carrizal de Villamejor”, artículos. 5o. y 6o.; y por ello la finalidad cautelar de esa disposición quedaría sin efecto si en atención a los intereses del demandado se diera lugar a la suspensión, debiendo prevalecer el público y general debidamente contrastado con el privado según la exposición de motivos de la Ley Jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956, para acceder, o no, a la no ejecutividad de los actos y disposiciones de la Administración durante el tiempo en que se tramite el proceso Contencioso-Administrativo; habiendo examinado este Tribunal las alegaciones del recurrente en este recurso de apelación, procede entender su razonamiento en orden a que estima que pudiera perjudicarle su interés, de prosperar su reclamación contra el Decreto impugnado, pero ello en función del contenido de las limitaciones que traen causa del Decreto, de fácil reparación mediante la indemnización correspondiente que tampoco aparece de difícil cuantificación; en tanto que “de suspenderse la ejecutividad del Decreto, y rechazarse por improcedente el recurso, el daño a la zona protegida por el Decreto, podría ser irreparable desde el punto de vista de su conservación en el estado natural existente en el tiempo en que se promulgó el Decreto que contiene la exigencia de que sus previsiones y limitaciones se establecen para el plazo de un año, al fijar ese territorio para la elaboración del citado Plan...”. Por todo lo expuesto procede desestimar el Recurso interpuesto ya

que los daños y perjuicios que pudieran dimanar de la ejecución del Decreto impugnado de darse lugar a la reclamación Contencioso-Administrativa en todo caso podrán ser objeto de reparación; mientras lo que los irrogados al interés público que motivó el Decreto serían probablemente irreversibles de darse lugar a la suspensión de conformidad con el artículo 124.2 de la Ley Jurisdiccional; sin que se aprecie temeridad o mala fe al objeto de la imposición de costas, según lo dispuesto en el art. 131 de la ley reguladora de esta Jurisdicción.

La STS del 8l de abril de 1997, artículo 2747, determinó:

En nada obsta a lo anterior el que en su escrito de alegaciones el Abogado del Estado refiera, que se trata de acto normativo de alcance general que afecta a la conservación y defensa de la fauna silvestre, pues además de que la propia Administración apelada refiere que la custodia de esos intereses generales le corresponden a ella, no hay que olvidar, que por tratarse, como se trata de una disposición de carácter general, relativa a la caza para un año determinado, en la que están interesadas y pueden resultar afectados, la Administración y los particulares, es y resulta obligado, no sólo el concretar en qué forma la disposición afecta a los intereses generales, sino también cuál de sus distintas y variadas disposiciones es la que puede producir el perjuicio de difícil o imposible reparación, y no es ciertamente por ello adecuada una petición genérica de suspensión, cual se ha hecho, pues con ella se podría llegar a la no regulación de la caza para el año a que la misma se refiere, y con ello a impedir el derecho al ejercicio de la caza.

VIII. ADOPCIÓN DE LA MEDIDA EN CASO DE ESPECIAL URGENCIA

El artículo 135 LJ regula esta materia en los siguientes términos:

El Juez o Tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución, el Juez o Tribunal convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes, sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Celebrada la comparecencia, el Juez o Tribunal dictará auto, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.

1. *Consideraciones generales*

Aunque el contenido de este artículo no tiene precedente en la Ley anterior, el debate estaba planteado en el seno de los tribunales, y éstos tuvie-

ron que pronunciarse en diversas ocasiones sobre la admisibilidad de las denominadas “medidas provisionalísimas”, siempre a impulso de parte y en casos muy específicos.

Una referencia ineludible en esta materia la constituye la providencia del 16 de septiembre de 1993 (recurso 603/1993), posteriormente confirmada por el auto del 2 de noviembre de 1993 (en sentido análogo puede citarse el auto del 19 de noviembre de 1993 después confirmado por el auto del 11 de enero de 1994), que recogen la doctrina sobre estas medidas. Dada la trascendencia del ATS del 2 de noviembre de 1993, paso a reproducirlo señalando en cursiva algunas consideraciones fundamentales:

Se somete, a través del presente recurso de súplica, a la consideración de la sala si la potestad jurisdiccional de suspender la ejecutividad de un acto administrativo (en este caso la declaración de urgencia de la ocupación de los bienes y derechos afectados por la expropiación forzosa para la realización de las obras de infraestructura de un aeropuerto) comprende la adopción de medidas provisionalísimas a fin de preservar la efectividad de la resolución que recaiga en el propio incidente de suspensión, regulado en la sección segunda del capítulo V del título IV (artículos 122 a 125) de la LJCA/1956...

Hemos de convenir con la representación procesal de la Administración autora del acto que la ley de esta jurisdicción no contempla tales medidas, pero ha de admitir dicha representación que tampoco las excluye o prohíbe, por lo que es necesario, para decidir la cuestión, acudir a los principios que rigen el ejercicio de la potestad jurisdiccional y a las normas que integran el sistema procesal, a través del cual los jueces y tribunales ejercen sus competencias de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (artículos 117.3 de la Constitución y 2.1 de la LOPJ), ya que el sistema jurídico no admite vacíos y los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido (artículo 1.7 CC)...

Entre los principios que configuran el significado natural y propio de la jurisdicción destaca el de la efectividad de sus decisiones. Nuestra vigente Constitución lo ha sancionado al declarar, entre los derechos fundamentales, el de obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales (artículo 24.1 de la Constitución). “La potestad jurisdiccional no se agota con la declaración del derecho sino que se consume en la consecución del derecho declarado, lo que presupone la facultad de adoptar medidas, garantías o cautelas precisas a fin de preservar la eficacia de lo resuelto”. De aquí que el Pleno del TC, al decidir en su sentencia 238/1992, de 17 de diciembre, la cuestión de inconstitucionalidad, planteada por la sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres, en relación con el art. 6.2 de la Ley 34/1979, de 16 de noviembre, de Fincas Manifiestamente Mejorables que establecía que “no se suspenderá en ningún caso la ejecución del decreto impugnado”, declarase la

inconstitucionalidad del mismo con base en la doctrina ya establecida en sus sentencias 66/1984, 115/1987 y 14/1992, según la cual “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”, y precisando que “ciertamente el artículo 24.1 CE no hace referencia alguna a las medidas cautelares ni a la potestad de suspensión. Pero de ello no puede inferirse que quede libre el legislador de todo límite para obtener o no medidas de aquel género o para ordenarlas sin condicionamiento constitucional alguno. La tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, ‘efectiva’ y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derechos cuya protección se demanda”...

No parece necesario abundar en más razones o argumentos, que, desde el ámbito de los principios, justifiquen la adopción de medidas o cautelas para salvaguardar el derecho del que promueve el incidente de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo a que la medida que legítimamente postula sea eficaz, pues de lo contrario, carecería de significado el propio proceso incidental de suspensión...

El sistema procesal, al que hemos de acudir por defecto de disposición expresa en el específico ordenamiento del proceso Contencioso-Administrativo, viene señalando por este mismo ordenamiento, al remitirnos la disposición adicional sexta de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a las normas de la LEC, la cual acoge un sistema de medidas cautelares, al establecerlas concretas y singulares junto con otras innominadas, previstas éstas por el art. 1428 de dicha ley, que permite al juez 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 recaiga...

Este precepto, por imperativo de la indicada disposición adicional sexta de la Ley de esta jurisdicción tiene carácter supletorio en el proceso Contencioso-Administrativo, sin que esta sala, en contra de lo afirmado por el Abogado del Estado, haya declarado lo contrario en su auto de fecha 17 de marzo de 1993 (recurso de apelación núm. 1166/91). En esta resolución el Tribunal se limita a considerar improcedente la aplicación al supuesto debatido del mentado precepto de la LEC por estimar que la consignación del justiprecio en los procedimientos de expropiación forzosa, cuando existiese litigio entre los interesados, así como la percepción por el expropiado de la indemnización hasta el límite en que exista conformidad en las partes, está regulada en el artículo 50 de la Ley de expropiación forzosa, por lo que, al tratarse de una normativa singular, reguladora de la materia, excluye la exigencia de garantías o aseguramientos procesales no concretados en la legislación expropiatoria...

El representante procesal de la Administración, al extraer de su contexto la declaración, contenida en el citado auto, desfigura su alcance puesto que la

supletoriedad de la LEC viene establecida con carácter general por la mentada disposición adicional sexta, sin que la adopción de medidas provisionales, que garanticen la efectividad de la decisión que resuelva el incidente de suspensión, esté prevista (según expusimos anteriormente y admite el propio Abogado del Estado) en la Ley jurisdiccional, de manera que no cabe impugnar su adopción argumentando que sólo cabe ordenar la específica medida cautelar establecida al efecto por la ley porque, al fin de asegurar la efectividad de la suspensión que pudiera acordarse, la ley no contempla una singular medida “ad hoc”, lo que impone ante la necesidad de dar contenido a la tutela cautelar, acudir al sistema de medidas innominadas admitidas por la LEC, a la que, como norma supletoria, se remite la Ley de esta jurisdicción... Justificada desde el ámbito de los principios y contemplada por el ordenamiento procesal la posibilidad de adopción de medidas cautelares inespecíficas tendentes a salvaguardar la efectividad de la resolución que se dicte en el proceso de que se trate, debemos examinar el significado y alcance de las que, con carácter provisionalísimo, pueden acordarse para preservar la eficacia de la decisión de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo impugnado.

No puede la medida cautelar constituir una resolución anticipada de la cuestión sometida a la decisión del Tribunal una vez tramitado el proceso incidental (lo mismo que la decisión de ésta no prejuzga la sentencia definitiva), de manera que no cabe acordar, de modo general, la suspensión de la ejecutividad del acto, que es el objeto de dicho proceso incidental, sino que ha de limitarse a garantizar que aquella resolución judicial sea eficaz, y así *se deben concretar los actos materiales que la Administración ha de llevar a cabo o abstenerse de ejecutar para evitar que se frustre el fin del proceso cautelar*, y, en consecuencia, hemos de estimar en parte el recurso de súplica en cuanto la resolución combatida se limita a ordenar a la Administración que se abstenga de adoptar medidas ejecutivas sin fijar los actos concretos que no debe ejecutar...

Tampoco es admisible el automatismo de tales medidas provisionales, de manera que la mera petición de las mismas, al solicitar la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado, no conlleva su adopción sino que el solicitante debe justificar su pretensión y el Tribunal, previa audiencia, si el caso lo permitiese sin menoscabo de la propia medida, de los representantes procesales de la Administración autora del acto y de los demás demandados si hubiesen comparecido, habrá de ponderar los intereses en conflicto para decidir en consecuencia...

El automatismo de las medidas cautelares sólo tiene cabida cuando la Ley así lo dispone para singulares medidas regladas bien por los títulos que las conllevan bien por las pretensiones que las legitiman, pero no es admisible en las innominadas, que obligan a valorar los hechos en que se funda la solicitud y las consecuencias de la decisión sobre los derechos que se dirimen razón que exige adoptarlas mediante resolución motivada en cumplimiento de lo

dispuesto concordadamente por los artículos 245.1 de la LOPJ y 369 de la LEC, pues, si bien es cierto, como apunta el representante procesal de los solicitantes de la medida, que la ley, en alguna ocasión, contempla su adopción por una simple providencia (caso de la anotación preventiva de demanda o del interdicto de obra nueva), no es menos cierto que se trata de cautelas expresamente reguladas, que tienen su régimen propio al que ha de ajustarse su solicitud y decisión. A pesar de que, en contra de lo expuesto, la media impugnada se acordó por providencia, ha de estimarse subsanado el defecto con la presente resolución...

El principio de contradicción es consustancial al proceso judicial y su desconocimiento supone un atentado al citado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido por el mencionado artículo 24.1 de la Constitución. Ahora bien, *la contradicción no desaparece por adoptarse una medida cautelar “in-audita parte” cuando la eficacia de la medida así lo exige, siempre que se permita al afectado por ella oponerse a la misma*. Éste es el caso, entre otros, de la mentada anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad, regulada por la Ley Hipotecaria y su Reglamento, el del interdicto de obra nueva contemplado por la LEC, e incluso el de las medidas cautelares innominadas previstas por el citado artículo 1428 de la LEC. Sin embargo, antes de adoptar cualquier medida cautelar en el incidente de suspensión, salvo que la eficacia de aquélla lo impida, *debe darse audiencia a la Administración autora del acto y a las demás partes personadas para que, bien por escrito en un breve plazo común bien en una inmediata comparecencia, puedan alegar lo que a su derecho convenga*. Aunque en este caso se prescindió de la indicada audiencia, ha de considerarse también subsanado el posible defecto con la interposición del recurso de súplica, en el que el representante procesal de la Administración autora del acto ha tenido oportunidad de alegar los motivos de oposición a la medida ordenada...

Examinada la procedencia de acordar medidas provisionálicas que garanticen la efectividad de la decisión judicial de suspender la ejecutividad del acto administrativo impugnado y el alcance que aquéllas pueden tener así como las consecuencias que de éste se derivan para la sustanciación y decisión de las mismas debemos analizar si, en este caso, procede su adopción ponderando los intereses en conflicto...

Los solicitantes de la suspensión de la ejecutividad de la declaración de urgencia de la ocupación de los bienes y derechos, afectados por la expropiación, esgrimen, en apoyo de su pretensión, que, dado el procedimiento previsto por el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, se llevará a cabo de inmediato el levantamiento del acta previa a la ocupación, de manera que, si éste no se suspende, la decisión que se adopte sobre la suspensión de la ejecutividad del acuerdo impugnado carecerá de efectividad por haber consumado su eficacia el acuerdo del Consejo de Ministros, a pesar de que, entre los bienes afectados por la expropiación declarada urgente, se encuentran viviendas que constituyen su residencia habitual e industrias en funcionamiento...

El Abogado del Estado, al impugnar la decisión de la Sala, no cuestiona la autenticidad de esta última alegación de los recurrentes sobre el uso y destino de los bienes expropiados sino que centra su recurso en los argumentos jurídicos que, a su entender, impiden a la Sala adoptar la medida provisionalísima acordada, sin concretar tampoco los perjuicios que se derivan para los intereses generales con la proposición de la íntegra ejecución de acto hasta que se resuelva el incidente de suspensión...

La Sala, sin embargo, debe tener en cuenta que, *aunque dicho incidente se tramitase con puntual cumplimiento de los plazos fijados por la ley, la celeridad del procedimiento, previsto por el mentado artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, permite a la Administración ocupar materialmente las viviendas y las industrias antes de resolverse aquél, de manera que, desde esta perspectiva temporal, está justificada la adopción de la medida tendente a evitar que la ocupación material de los bienes, propiedad de los demandantes, convierta en ineficaz la ulterior resolución judicial acerca de la suspensión pedida...*

Ponderando el interés de los recurrentes a conservar sus viviendas e industrias, si la sala decidiese suspender la ejecutividad del acto impugnado, y el interés público de proceder a la ocupación material e inmediata de aquellas antes de resolver sobre la suspensión solicitada, no ofrece duda a este tribunal que el simple retraso hasta que se resuelva aquel incidente no es susceptible de causar daños o perjuicios concretos (no aducidos por el representante procesal de la Administración) a los intereses públicos o de tercero, ya que con la medida solicitada no se trata de suspender la eficacia de la actuación administrativa, reconocida por los artículos 103 de la Constitución, 122.1 de la Ley de esta jurisdicción, 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 94 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (suspensión que se pretende en el incidente cautelar), sino de demorar su plena materialización en aras del derecho fundamental a obtener una legítima tutela judicial al resolver el incidente de suspensión que se tramita...

Como consecuencia de esta contrastada valoración de intereses, la sala considera que el único acto de ejecución que la Administración debe abstenerse de llevar a cabo, hasta tanto decida el incidente de suspensión de la ejecutividad del acuerdo impugnado, es la ocupación material de las viviendas e industrias de los recurrentes, cuya momentánea posposición no ha aducido el Abogado del Estado que sea susceptible de causar daños o perjuicios concretos a los intereses generales ínsitos en la expropiación que se recurre. Con tal alcance debe estimarse, como ya adelantamos, el presente recurso de súplica interpuesto por aquél...

También debo destacar que el voto particular, firmado por varios magistrados, se fundó en que no había base legal en la LJCA/1956 para su adopción y en la no aplicabilidad por vía supletoria del artículo 1428 de la LEC, aplicable a las obligaciones entre particulares y no a la expropiación, aparte de que exige fianza y audiencia a la parte contraria. Finalmente, fue

aceptado por el Tribunal Supremo e introducido en la LJCA/1998 a través de este artículo 135.

2. *Secuencia de actuación*

Lo que se manifiesta es lo siguiente: las medidas cautelares encuentran su justificación en el ámbito de los principios; se aplica supletoriamente la LEC; habrá que determinar la medida cautelar innominada aplicable; la fijación de las medidas cautelares provisionalísimas habrá de hacerse motivadamente; la adopción de dichas medidas está sujeta al principio de contradicción procesal; la fianza o caución se prestará en garantía del interés público. En virtud de todo lo expuesto, puedo establecer la siguiente secuencia:

- Solicitud de adopción de medidas provisionalísimas en el escrito de interposición o, en su caso, en el de demanda, o mediante escrito separada e independiente de aquéllos.
- La carga de la prueba lleva aparejada la necesidad de justificar que concurren las circunstancias específicas que pueden permitir la adopción de las medidas provisionalísimas por parte de quien las solicita.
- Contradicción en la adopción de la medida, aunque por razones de especial urgencia podrá adoptarse “inaudita parte”. Tal y como ha señalado González Pérez, esta norma de la nueva Ley será de difícil cumplimiento, pues si la administración no ha comparecido, y tampoco lo han hecho los demandados, y como el trámite no cabe sustituirlo por la audiencia por vía de informe, y será necesaria la personación, habrá que esperar a que las partes, una vez emplazadas, se hubieran personado para citarlas a la comparecencia.
- El órgano jurisdiccional deberá seleccionar la medida adecuada para garantizar el interés privado del solicitante, sin merma del interés general. En este sentido, el ATS del 21 de octubre de 1996, artículo 7078, estableció: “...el auto en el que se adopta una medida cautelar provisionalísima, que no pone término a la pieza separada de suspensión, sino que solamente surte sus efectos hasta que se dicte la resolución que concluya dicha pieza separada, no es... susceptible de recurso”. También ha quedado determinado que no es recurrible en casación el auto en que se adopta una medida cautelar “provisionalísima” (ATS del 30 de junio de 1997, artículo 4750):

Habida consideración que el señor Abogado del Estado, en la representación que ostenta, interpone recurso de casación contra el Auto dictado por la Sec-

ción Primera de la Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 22 de noviembre de 1994 que se limita a adoptar la medida cautelar provisionalísima consistente en dejar en suspenso la ejecución de la orden de expulsión de don... hasta tanto no se resuelva lo procedente por el Tribunal de instancia respecto de la suspensión solicitada y teniendo en cuenta que dicha resolución no pone término a la pieza separada de suspensión y, por consiguiente, no está comprendida entre los autos susceptibles del recurso de casación ordinario a tenor de lo dispuesto concordadamente por los artículos 94.1,b) en relación con el 100.2,a), ambos de la Ley de esta Jurisdicción, conforme a la reforma introducida en la misma por la Ley 10/1992, de 30 de abril sobre Medidas Urgentes para la Reforma Procesal, es visto que procede declarar la inadmisión del recurso de casación interpuesto.

3. *Naturaleza*

De esta manera, queda clara la naturaleza circunstancial y temporal de la decisión adoptada, que, en atención a su provisionalidad, contempla la necesaria convocatoria, en el plazo de tres días, a todas las partes para ya, en una audiencia contradictoria, determinar la ratificación o modificación de la medida adoptada. Dado que la medida adoptada con carácter urgente se habrá visto ceñida a aquellos aspectos en los que concurría la circunstancia de urgencia, será normal que el auto de ratificación amplíe la medida cautelar, aun cuando también puede ocurrir que, a la vista de las alegaciones de la parte contraria o de la existencia de nuevos elementos de justificación, el órgano jurisdiccional decida levantar la medida, restringirla, sustituirla por otra, acordar una contramedida o contracautela, etcétera. En este caso no rige la limitación prevista en el artículo 132.2 LJCA/1998, pues éste está concebido como una excepción al principio de invariabilidad de las medidas cautelares, al adoptarse la provisionalísima con carácter precario, dadas las circunstancias concurrentes. La STS del 17 de diciembre de 1996, artículo 8909, determina:

El artículo 94.1,b) de la Ley de la Jurisdicción establece que serán susceptibles de recurso de casación, en los mismos casos previstos en el artículo anterior, los autos “que pongan término a la pieza separada de suspensión”. El Auto de 8 de junio de 1994, confirmado en súplica por otro de 18 de mayo de 1995, no pone término a la pieza separada de suspensión del recurso Contencioso-Administrativo núm. 11286/1994 de la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Es un auto en el cual, como ha quedado expresado, se acuerda una medida cautelar provisionalísima (dejar en suspenso la orden de expulsión del territorio nacional de un súbdito

extranjero), medida que se mantendrá hasta tanto se resuelva lo procedente sobre la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado solicitada por la parte recurrente. El auto que pondrá término a la pieza separada de suspensión, en el que se decida si durante la tramitación del proceso ha de quedar o no suspendida la ejecución de la resolución administrativa combatida, será el que, conforme al citado artículo 94.1,b) será susceptible de recurso de casación. Pero el auto en el que se adopta una medida cautelar provisionálsima, no pone término a la pieza separada de suspensión, sino que solamente surte sus efectos hasta que se dicte la resolución que concluya dicha pieza separada, no es, por tanto, susceptible de recurso de casación, por lo que el recurso de esta clase promovido por el señor Abogado del Estado es inadmisibile, incurriendo en la causa de inadmisión prevista en el artículo 100.2.a) de la Ley Jurisdiccional, dado el carácter no recurrible en casación de la resolución a que se refiere. En consecuencia, el presente recurso de casación incurre en causa de inadmisión, al haberse hecho valer contra resolución no recurrible, lo que en el momento de dictar sentencia se convierte en razón para la desestimación del recurso.

Sobre esta materia, la STC 218/1994, del 18 de julio, estableció:

...la pretendida indefensión sufrida por las recurrentes al no haber sido oídas en el proceso en el que se adoptó la medida cautelar, no tiene trascendencia constitucional, ya que, al margen de otras consideraciones, desde la perspectiva del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y a la defensa, el hecho de haber sido oídas con posterioridad impide considerar que se haya producido una verdadera indefensión material como ha reiterado en tan numerosas ocasiones este Tribunal que su cita resulta excusada.

IX. LA MEDIDA CAUTELAR EN CASO DE INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN O VÍA DE HECHO

El supuesto detallado en el epígrafe se regula en el artículo 136, LJ:

1. En los supuestos de los artículos 29 y 30, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada.
2. En los supuestos del apartado anterior, las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente. En tal caso el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción

de las medidas cautelares. En los tres días siguientes se convocará la comparecencia a la que hace referencia el artículo anterior.

De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido.

1. *Adopción de la medida cautelar en los supuestos de los artículos 29 y 30 LJ/1998: excepciones*

El artículo 136 de la LJCA/1998 plantea la necesidad de adoptar la medida cautelar si concurren los supuestos recogidos en el artículo 29 LJCA/1998:

1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78.

Y 30 LJCA/1998:

En caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo.

Es decir, la adopción de la medida cautelar es la regla, y la denegación, la excepción. Evidentemente, en caso contrario, es decir, cuando se aprecie con evidencia que no se dan estas situaciones, tras una ponderación circunstanciada por parte del órgano jurisdiccional, no se adoptarán. Idéntica resolución se adoptará cuando la medida cautelar ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero. En ambos supuestos, que

suponen excepcionar la medida cautelar, se motivará suficientemente la resolución que se adopte.

2. *Medidas cautelares anticipadas*

Este supuesto se recoge en el apartado segundo del artículo 136. Se trata de medidas anticipadas que pueden solicitarse en cualquier momento, desde que exista obligación jurídica de cumplimiento por la administración o vía de hecho, antes de la interposición del recurso. Deberá acreditarse que se dan los supuestos referidos, y solicitar aquellas que se consideren idóneas para garantizar la eficacia de la resolución que deba dictarse. A continuación, el órgano jurisdiccional las decretará mediante auto, sin oír a la parte contraria, y sin posibilidad de recurso frente al mismo. Se trata de incrementar la efectividad de los recursos contencioso-administrativos que se incorporan a la LJCA/1998 frente a este tipo de actuaciones por parte de las administraciones públicas.

El Consejo General del Poder Judicial, en el informe al Anteproyecto de 1995, ponía de manifiesto el riesgo de que se utilicen indebidamente, para paralizar obras o servicios vitales o importantes para la comunidad, dilatando aún el perjuicio colectivo mediante la provocación de un pronunciamiento jurisdiccional. Para evitar este peligro, y para que se mantengan, será necesaria su ratificación posterior en el recurso, lo que deberá hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a partir de la notificación de la adopción de las medidas cautelares. Tal y como ha expuesto la profesora Chinchilla Marín, la ley no exige que el recurrente se ratifique en su solicitud de medidas cautelares de forma explícita, sino que bastará con que interponga el recurso dentro del plazo establecido para entender que la petición de ratificación se ha producido. Dado que la tramitación es la establecida y comentada en el artículo 135 LJCA/1998, la comparecencia se convocará en los tres días siguientes a la notificación referida.

Si no se interpone el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, y el solicitante deberá indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido, tal y como establece el artículo 133.3 LJCA/1998.