

REFLEXIONES INICIALES SOBRE ALGUNOS PROBLEMAS QUE PLANTEA EL NUEVO REGIMEN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE 1998 (1)

Por
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA

SUMARIO: I. La extensión de las medidas cautelares y su relación con el acto administrativo objeto del recurso.—II. Medidas innominadas y límites de la tutela cautelar.—III. El criterio inspirador de las medidas cautelares.—IV. La regulación general de la LJ98 en materia cautelar y las regulaciones de las leyes sectoriales.—V. El reflejo en la LJ98 de la jurisprudencia cautelar del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.—VI. La pretendida neutralidad provisional de los autos de medidas cautelares.—VII. La Sala Tercera del Tribunal Supremo y la adopción de medidas cautelares. Algunos aspectos procesales.—VIII. El control casacional de los autos de medidas cautelares dictados por los Tribunales Superiores de Justicia.

Entre las Disposiciones comunes a los títulos (el IV y el V) que regulan, respectivamente, los dos tipos de procesos contencioso-administrativos, el ordinario y el abreviado, la Ley 29/1998, de 13 de junio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en lo sucesivo, LJ98), ha introducido un capítulo de nuevo cuño, con ocho artículos, del 129 al 136, dedicado a las medidas cautelares.

Destacar la importancia de este nuevo capítulo sería superfluo, como lo sería repetir ahora los elogios o las críticas a la nueva regulación. Por facilitar sólo dos pinceladas contenidas en la introducción a uno de los recientes comentarios sobre la LJ98 (2), baste decir que para el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, cuya elogiada «batalla» particular por las medidas cautelares es de todos conocida (3), destaca la «insuficiente regulación del tema esencial de las medi-

(1) Este trabajo corresponde a la intervención del autor en el Seminario «La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (un diálogo entre la Universidad y la Magistratura)», que tuvo lugar durante los días 22 y 23 de marzo de 1999 en la sede del Consejo General del Poder Judicial. Se han incorporado a él algunas decisiones jurisprudenciales posteriores a aquellas fechas.

(2) *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 100 (1999).

(3) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1995.

das cautelares que, aunque consagra el *numerus apertus* en cuanto a su contenido, entrega luego su pertinencia a la virtual discreción del juzgador, cuando es conocida la tendencia rígidamente restrictiva de éste» (4). Pocas páginas más adelante, MUÑOZ MACHADO afirma, al glosar la Exposición de Motivos, que es «también reseñable la elevación de las medidas cautelares a la condición de piedras basales de todo el sistema» (5).

Mi propósito no es, obviamente, hacer una exégesis más sobre esta parte del articulado de la LJ98, que se añada a las ya publicadas o en trance de serlo, sino dar cuenta de una serie de reflexiones sobre algunos problemas, de fondo y de forma, que la nueva regulación plantea. De manera singular, me detendré en analizar ciertos problemas específicos que atañen al papel del Tribunal Supremo en esta materia, reseñando recientes decisiones de la Sala Tercera en respuesta a varios de aquéllos.

Problemas y soluciones tanto más acuciantes cuanto que la Disposición Transitoria Octava de la LJ98 (6) se aparta, en materia de medidas cautelares, de la regla general sobre la continuidad procesal de los recursos interpuestos antes del 14 de diciembre de 1998, que siguen substanciándose según la LJ de 1956. Por el contrario, ahora pueden solicitarse y acordarse las nuevas medidas cautelares, regidas ya por la nueva Ley, en todos los procedimientos pendientes a su entrada en vigor.

A mi modo de ver, podrían identificarse, en primer lugar, ciertos problemas relativos a la extensión y límites de las medidas cautelares, a los criterios que deben inspirar su otorgamiento y a su pretendido carácter neutral respecto al fondo del litigio. En segundo lugar, la regulación que contiene la LJ98 suscita determinadas dificultades e interrogantes, de orden procesal y sustantivo, cuando el órgano jurisdiccional llamado a aplicarla o interpretarla es, precisamente, el Tribunal Supremo. Intentaré referirme a unos y a otros en las siguientes líneas.

I. LA EXTENSIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SU RELACIÓN CON EL ACTO ADMINISTRATIVO OBJETO DEL RECURSO

Según su Exposición de Motivos, la LJ98 introduce la posibilidad de adoptar «cualquier medida, incluso las de carácter posi-

(4) Comentarios «REDA», cit., pág. 20.

(5) Comentarios «REDA», cit., pág. 30.

(6) «En los procedimientos pendientes a la entrada en vigor de esta Ley podrán solicitarse y acordarse las medidas cautelares previstas en el capítulo II del Título VI.»

vo». Se ha superado, felizmente, el acantonamiento en la suspensión exclusiva del acto, como única respuesta jurisdiccional en sede cautelar, lo que constituía una limitación justamente criticada. Es cierto que la jurisprudencia había abierto algunas brechas en esta materia, por las que se introducían remedios cautelares que desbordaban los límites de la estricta suspensión, pero sus insuficiencias eran patentes. Hay que agradecer, por ello, que el legislador haya optado decididamente por una regulación mucho más abierta en la que —él mismo lo asegura— adquieren carta de naturaleza las medidas de todo orden, también las de carácter positivo.

Sin embargo, esta generosa y abierta regulación parece, en cierto modo, entrar en crisis cuando el apartado primero del artículo 130 dispone que «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». El precepto parece que vuelve al binomio ejecución-suspensión (del acto o de la disposición general) para, dentro de él, facilitar pautas de referencia a fin de calibrar si se produce la pérdida de la finalidad legítima del recurso y, en función de este dato, si procede acordar la medida cautelar. Hay ahí, posiblemente, una reminiscencia del antiguo 122 de la LJ de 1956 y su referencia exclusiva a la suspensión del acto o de la disposición.

La reminiscencia aparece de modo más ostensible en el apartado 2 del artículo 129 («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») cuando se trata de recursos directos contra reglamentos. De modo implícito parece deducirse que, frente a los reglamentos directamente impugnados, sólo tiene cabida la suspensión clásica y no otras medidas. Es dudoso que ello sea así y que en el caso de impugnaciones directas contra reglamentos se deban descartar medidas cautelares distintas de la mera suspensión.

El problema que se plantea, una vez admitidas legalmente las medidas cautelares que sobrepasan la mera suspensión del acto, tiene, sin embargo, un alcance más amplio. Se trata de saber si estas medidas en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo han de referirse, necesariamente y de modo exclusivo, al acto administrativo impugnado o, más bien, a la relación jurídica subyacente. En otras palabras, si, con motivo de la interposición de un recurso contencioso-administrativo, la tutela cautelar puede des-

plegarse y tener incidencia sobre cualquier aspecto relevante de la relación jurídica en litigio, más que sobre los concretos elementos del acto o de la disposición enjuiciados.

Si la respuesta fuera positiva, como es previsible, la cuestión inmediata será la de resolver acerca de la viabilidad de adoptar, en el seno de un proceso determinado, medidas cautelares que, estando en relación con la situación jurídica en conflicto, afecten, sin embargo, a actos no impugnados en aquel proceso, incluso a actos firmes, a intereses de terceros o de otras administraciones distintas de la autora de la actuación enjuiciada.

Todo dependerá de la actitud que los órganos jurisdiccionales adopten sobre el alcance del carácter instrumental de las medidas cautelares y, en relación con ella, sobre el alcance del principio «revisor» en esta materia. Si continúa la línea de tendencia ligada a la mera revisión del acto como tal, en vez de la ligada al enjuiciamiento de la pretensión deducida en relación con el acto, no son de esperar desarrollos jurisprudenciales que avancen mucho en esta dirección. Por el contrario, si la apuesta del legislador por las «medidas positivas» es interpretada en sede jurisprudencial en un sentido acorde con el principio de efectividad de la tutela, será posible cualquier medida apta para configurar de modo provisional la situación jurídica en conflicto, aun cuando no recaiga de modo exclusivo sobre el acto objeto de impugnación.

En mi opinión, la clave estriba, precisamente, en el reconocimiento del poder atribuido al órgano jurisdiccional para «configurar» cautelarmente la relación o situación jurídica en conflicto. Sobre los perfiles de este poder volveré más adelante, al comentar la incidencia de la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la regulación de nuestras medidas cautelares (7).

II. MEDIDAS INNOMINADAS Y LÍMITES DE LA TUTELA CAUTELAR

La LJ98 ha reconocido, de modo expreso y como reacción frente a la situación precedente, que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa pueden adoptar «cualquier» medida apropiada en sede cautelar. El establecimiento del *numerus apertus* significa, precisamente, la admisión de las medidas cautelares innominadas, en la misma línea que inspira el artículo 1428 de la

(7) Véase *infra*, epígrafe V.

Ley de Enjuiciamiento Civil (8). Se trata, pues, de aquellas medidas que, según las circunstancias, fueran necesarias para asegurar en todo caso la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere.

Una primera duda que debe quedar despejada estriba en saber si sólo serían admisibles en lo contencioso-administrativo aquellas medidas que figuren como tales en otras leyes procesales o en leyes sectoriales (9) o, más bien, dada la indeterminación de los términos de la LJ98, no hay restricciones a la imaginación de las partes y a la decisión del juez sobre las propuestas. Es cierto que esta segunda solución puede generar alguna suspicacia o un cierto «vértigo» jurídico, acostumbrados como estamos en los sistemas jurídicos continentales a embridar los poderes del juez en términos muy definidos, pero no parece que haya sido otra la opción del legislador al otorgar un amplio margen de confianza a los órganos jurisdiccionales, que es de esperar éstos utilicen con tanta prudencia como decisión. Quizás hubiera sido conveniente una mayor determinación normativa, si no de las medidas concretas, en sí mismas consideradas, sí de los tipos o categorías posibles. La actual indeterminación, por ejemplo, ¿permite al juez que decida, como medida cautelar, la adopción de multas coercitivas para el caso de que no se respete una resolución singular? ¿Caben, como medidas cautelares, las órdenes, las intimaciones y demás instrumentos de carácter coercitivo dirigidos a la Administración o a los particulares?

El problema más relevante, sin embargo, es otro y se refiere a los límites estructurales de las propias medidas cautelares, en relación con los límites que a la decisión de fondo (la sentencia) impone el nuevo artículo 71.2 de la LJ98. En otras palabras, la posibilidad de configurar cautelarmente las situaciones o relaciones jurídicas controvertidas, a la que antes me he referido, ¿permite al juez de las medidas cautelares elegir por sí, en esta sede, entre las

(8) Véanse M. ORTELLS RAMOS, *Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428 LEC*, Justicia, 1989, págs. 59-66; M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, 1992, y *Las medidas cautelares innominadas*, Cuadernos de Derecho Judicial, Las Medidas Cautelares, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

(9) El legislador ha ido modificando —forzado, en algunos casos, por las exigencias de la incorporación de España a las Comunidades Europeas— la regulación normativa de determinados sectores de la actividad económica, introduciendo en las leyes correspondientes medidas cautelares específicas. Así, en materia de patentes y signos distintivos (arts. 133 a 139 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo), en materia de publicidad (art. 30 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre), de propiedad intelectual (arts. 137 y 138 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril) y de competencia desleal (art. 25 de la Ley 3/1991, de 10 de enero).

soluciones posibles que forman parte del «contenido discrecional de los actos [anulados]» de modo que determinen éste? ¿Puede alterar, en sede cautelar, los términos de una disposición general? La suspensión parcial de un texto, o de una condición en él impuesta, ¿no es, en definitiva, sino una especie de «redacción» nueva de aquél?

Ya sé que es reabrir una reciente y apasionada polémica (10), pero el problema se planteará inevitablemente, como de hecho se ha planteado en los demás países de nuestro entorno, sin que su solución haya sido pacífica, incluso sin la existencia en sus respectivos ordenamientos de aquellas restricciones que la nueva LJ98 incorpora.

A título de ejemplo, baste citar la medida cautelar adoptada por los tribunales alemanes en los casos de la denominada «guerra del banano», consistente en ordenar a su Administración la expedición provisional de certificados de importación adicionales a favor de las empresas demandantes, pese a que la aplicación de la normativa sobre la organización del mercado común del plátano conducía a atribuirles una cantidad muy inferior, que había sido la reconocida por la Administración. Los tribunales alemanes, ante los que se debatía en realidad la validez de aquella normativa, no dudaron en sustituir cautelarmente la decisión administrativa —en principio, conforme con ella— por la orden de expedir certificados de importación que superaban la cantidad asignada (11).

¿Sería conciliable una medida de estas características en nuestro sistema contencioso-administrativo de tutela cautelar y, en concreto, respetaría los límites derivados del artículo 71.2 de la LJ98? Aun cuando este trabajo no pretende tanto dar respuestas cuanto reflejar problemas, no creo que hubiera dificultad para apoyar fundadamente una respuesta de signo afirmativo.

III. EL CRITERIO INSPIRADOR DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Para el otorgamiento de la tutela cautelar, ¿existe un criterio legal reconocible con un mínimo de certeza jurídica o, como afirma-

(10) Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 4.ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 1998.

(11) En concreto, se trataba de la empresa Port, a la que se reconoció el derecho a importar una cantidad determinada de TM de plátanos de países terceros o de países no tradicionales ACP pese a que la aplicación estricta de los artículos 16 y 30 del Reglamento comunitario 404/93, sobre la organización del mercado común del plátano, conducía a atribuirle una cantidad inferior, fruto de repartir el contingente arancelario según el criterio de la atribución de cuotas en años precedentes, en los que Port había recibido una parte del contingente excesivamente baja.

ba GARCÍA DE ENTERRÍA, la pertinencia de las medidas cautelares ha sido confiada por el legislador a la virtual discreción del juzgador?

En este sentido, ¿puede hablarse realmente, como hace la Exposición de Motivos, de «el criterio para su adopción»? Si la respuesta fuera afirmativa, ¿cuál es exactamente ese criterio?: ¿predomina el aseguramiento de la efectividad de la sentencia (art. 129.1), la ponderación de los intereses en conflicto (art. 130.1) o, como parece desprenderse del término «únicamente» (art. 130.1), el evitar la pérdida de la finalidad legítima del recurso, de no adoptarse la medida cautelar?

En este último caso, ¿qué quiso decir exactamente el legislador al repetir, con ligeras variantes, la fórmula prevista para el recurso de amparo: «cuando la ejecución del acto [...] hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad» (art. 56.1 LOTC)? ¿Se está refiriendo en exclusiva al *periculum in mora*? En este mismo ámbito, ¿el silencio de la LJ98 sobre la apariencia de buen derecho tiene algún significado especial?

Sería pretencioso ofrecer en este momento respuestas a todas estas interrogantes, que sólo un lento proceso de decantación jurisprudencial permitirá perfilar. Por lo demás, los intentos de aproximación a aquellas respuestas centran la exégesis de los artículos correspondientes de la LJ98 que son objeto de los diferentes comentarios doctrinales, sistemáticos o no, del nuevo texto legislativo (12).

IV. LA REGULACIÓN GENERAL DE LA LJ98 EN MATERIA CAUTELAR Y LAS REGULACIONES DE LAS LEYES SECTORIALES

La regulación general de la LJ98 sobre las medidas cautelares puede superponerse a regulaciones sectoriales. En ese caso, si éstas contienen criterios específicos sobre la materia o, incluso, si hay una jurisprudencia consolidada al respecto, ¿priman estas regulaciones sectoriales o hay que considerarlas afectadas por los nuevos criterios, más indeterminados?

Pensemos, por ejemplo, en las liquidaciones tributarias. La lec-

(12) Mi intervención en el Seminario al que he hecho referencia en la introducción de este texto fue coordinada con la de la profesora C. CHINCHILLA MARÍN, quien trató de modo especial los presupuestos para el otorgamiento de la tutela cautelar. Me remito a sus trabajos sobre esta materia, publicados en los Comentarios «REDA», núm. 100, cit., pág. 862, y en los Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, Ed. Lex Nova, 1999.

tura de los artículos de la LJ98 objeto de este comentario no descubrirá en ellos referencias específicas a las medidas cautelares contra los actos de contenido tributario, distintas de las que son objeto de la regulación general. ¿Desvirtúa este silencio la línea jurisprudencial (13) favorable al otorgamiento de la suspensión de las liquidaciones tributarias durante la sustanciación de los recursos, si se afianza debidamente su importe?

Lo mismo puede decirse cuando se trata de ponderar los intereses prevalentes. En los casos en que las regulaciones sectoriales sobre determinadas materias prevean graduaciones explícitas en materia de asignación de recursos económicos o materiales (por ejemplo, el orden de prioridades en las concesiones de aguas, con preferencia de las destinadas a abastecimiento de poblaciones sobre las de regadíos y usos agrarios, según el artículo 58 de la Ley de Aguas), ¿estos criterios son vinculantes también para el juez de las medidas cautelares?

Cuando aquella graduación sólo se encuentra de modo implícito en una norma legal o se deriva de una línea jurisprudencial consolidada, ¿tiene la misma eficacia para imponerse como criterio de otorgamiento de las medidas cautelares? Me refiero, por ejemplo, a las consideraciones sobre el medio ambiente (14) como inte-

(13) Reflejada en el importante auto de la Sala Tercera, en Pleno, del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1998, que pone en sintonía la suspensión cautelar jurisdiccional con la vigente en el ámbito tributario interno. En el auto se pretende «desentrañar el alcance actual del antes citado artículo 122.2, habida cuenta de la evolución operada en el instituto de la autotutela tributaria del Estado o ejecutividad de los actos de la Hacienda Pública, abstracción hecha de la solución que proceda en otros ámbitos del recurso contencioso donde el principio de autotutela de la Administración no ha experimentado el cambio a que se ha hecho referencia». El Pleno de la Sala, consciente de la «discrepancia entre el tratamiento de la ejecutividad general de los actos administrativos de la vieja Ley rectora del proceso contencioso, y el moderno sistema de la ejecutividad de los actos de gestión tributaria de la Hacienda Pública en disposiciones que, aun cuando en ocasiones tengan rango de Ley, no afectan a aquél», decide que «el precepto de la Ley reguladora de este Orden Jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956, que se promulgó cuando regía la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de mayo de 1911 y el Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo de 29 de julio de 1924, y ni siquiera existían la Ley General Tributaria de 1963 o la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, en la actualidad ha de interpretarse armónicamente con el ordenamiento tributario vigente, consecuencia de la obligación que pesa sobre los Tribunales de Justicia de aplicar el Derecho conforme a la realidad social y jurídica de cada momento».

En consecuencia, tal como «se ha resuelto en numerosísimas ocasiones, y debe resolverse ahora», estima que «procede la suspensión exclusivamente del acto administrativo de gestión o ejecución tributaria recurrido, en el caso concreto de que el recurrente, habiendo obtenido la suspensión en la vía administrativa y alegando que se le producirían perjuicios de la ejecución durante la vía jurisdiccional, garantice el pago de la deuda tributaria con la amplitud que señala el artículo 58 de la Ley General homónima, y en los términos establecidos por el artículo 124 de la Ley de 27 de diciembre de 1956».

(14) Véase J. JORDANO FRAGA, *El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva: la suspensión de los actos administrativos por razón de la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del TS*, núm. 145 de esta REVISTA, enero-abril 1998, págs. 169 y ss.

rés público prevalente frente a otros de signo meramente económico, industrial o urbanístico, consideraciones que —no siempre con la coherencia que sería deseable— se encuentran en la jurisprudencia de los distintos tribunales.

La apelación a los intereses prevalentes, como resultado final de la ponderación de los intereses enfrentados, tiene especial relevancia en aquellos casos en que el conflicto se ha entablado, realmente y en el fondo, entre operadores económicos —o partes interesadas de otro signo— que resultan afectados por una determinada actuación o disposición administrativa. El reciente auto de la Sala Tercera de 6 de mayo de 1999 (15) los toma en consideración para resolver acerca de la medida cautelar solicitada, en estos términos:

«[...] el artículo 130, apartado primero, de la nueva Ley confiere una significación especial a la ponderación de “todos los intereses en conflicto”, cuya “valoración circunstanciada” debe efectuar el juez de la medida cautelar. Se trata, pues, de valorar cuál sea el interés prevalente —que no siempre coincidirá, necesariamente, con el alegado por la Administración— en función de las circunstancias presentes en cada caso. De modo particular, cuando se trate de una opción específica llevada a cabo por el propio Legislador, de cuya voluntad expresa, transformada en norma con rango de ley, dimanase más o menos directamente el acto o la disposición impugnados, la ponderación de aquellos intereses no puede hacerse al margen de cuál sea el que la norma sectorial haya considerado, en su caso, como “prevalente”.

Desde esta óptica, y habida cuenta de las características del Acuerdo recurrido, que, en realidad, resulta indisociable de la propuesta de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones a la que ya hemos hecho referencia, hay que valorar los factores determinantes de la ampliación de la moratoria. A ellos nos referíamos en el Auto precedente, recordando:

1) Que, según la Disposición transitoria primera, apartado seis, letra *d*), de la Ley 11/1998, de 24 de abril,

(15) Recurso núm. 17/1999. En la demanda se había solicitado, por otrosí, la suspensión del Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de diciembre de 1998, que amplió de dieciséis a veinticuatro meses la moratoria que, en el sector de las telecomunicaciones por cable, dispuso la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, que modificó la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable.

General de Telecomunicaciones, el motivo que podía habilitar al Gobierno para, a propuesta de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, retrasar hasta un máximo de veinticuatro meses la fecha de inicio de las actividades de Telefónica de España S.A. en el sector de las telecomunicaciones por cable consistía en que “tal medida resulte necesaria para la existencia de una *competencia efectiva* en el referido ámbito y no se perjudiquen los intereses de los usuarios”.

2) Que la decisión del Consejo de Ministros se basó, en síntesis, y a tenor de su preámbulo, en los siguientes motivos [...] (16).

Habida cuenta, pues, de que el interés que la Ley considera prevalente en este sector específico es, en estos momentos, el de promover el mayor grado de competencia posible —dentro del marco, de suyo estrecho, en que se regula actualmente la prestación del servicio de telecomunicación por cable, limitada a dos operadores por circunscripción—, la Sala entiende que la ponderación de los intereses en conflicto, a efectos de otorgar o denegar la medida cautelar interesada, conduce a la desestimación de la pretensión actora» (17).

(16) El auto enumera los argumentos relativos al incremento de la competencia con que el Consejo de Ministros basa su decisión. Habida cuenta de que los dieciséis meses de duración inicial de la moratoria se habían revelado insuficientes para asegurar el afianzamiento de los nuevos operadores entrantes, la ampliación de dicha moratoria por ocho meses permitiría a los segundos operadores de telecomunicaciones por cable una agilidad de actuación que repercutiría favorablemente en la ejecución de inversiones, el despliegue de infraestructuras y la prestación de servicios. La prolongación del retraso a que estaba sujeta Telefónica S.A. para empezar a ofrecer servicios de telecomunicaciones por cable estaba justificada, pues, como medida necesaria para fortalecer la posición de los segundos operadores y garantizar, así, la existencia de una competencia efectiva en dicho ámbito. En cuanto a los intereses de los usuarios, se beneficiaban desde el momento en que la pluralidad de competidores efectivos les permitiría tener acceso a unos servicios variados, de calidad y a un precio razonable, que sólo pueden satisfacerse si hay distintas ofertas en competencia real en el mercado.

(17) La Sala hace unas consideraciones adicionales sobre la posición previa de los operadores afectados, para destacar la necesidad de fomentar la competencia entre ellos: «No cabe olvidar que Telefónica S.A. parte de una posición privilegiada en el sector, de hecho y de derecho: de un lado, la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, le habilitó a prestar en todo el territorio nacional el servicio de telecomunicaciones por cable, sin necesidad de acudir a los concursos a los que, para cada circunscripción territorial, hubieron de someterse el resto de operadores; de otro lado, la utilización de sus propias infraestructuras y de los demás medios derivados de su condición de operador inicialmente dominante pudiera, a falta de la moratoria acordada y prorrogada, dificultar gravemente la implantación efectiva de los demás operadores de telecomunicaciones por cable, frustrando el designio de establecer la competencia entre ellos y Telefónica S.A. Ante el conflicto entre unos y otra, reflejado en la contraposición procesal patente en este incidente cautelar, debe prevalecer el interés más favorable a la competencia efectiva, que se traduce en denegar la suspensión del Acuerdo impugnado.»

V. EL REFLEJO EN LA LJ98 DE LA JURISPRUDENCIA CAUTELAR DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Aun cuando en la nueva regulación sobre esta materia la LJ98 se ha inspirado, entre otras fuentes, en la jurisprudencia cautelar del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (18), es lo cierto que presenta ciertas y marcadas diferencias con esta última. Puede suceder, en consecuencia, que la protección cautelar de los derechos que podríamos denominar «de matriz comunitaria» esté sometida a un *standard* de protección más elevado que el que la LJ98 confiere, en sede cautelar, a los derechos con origen en meras normas nacionales, incluso de rango constitucional.

No cabe excluir que acabe imponiéndose una jurisprudencia en la línea de «tendencia rígidamente restrictiva», de la que antes hacíamos mención, por parte del juez de las medidas cautelares. Si ello fuera así, de nuevo el contraste con los criterios inspiradores de la tutela cautelar en sede comunitaria (19), aplicables por irradiación a la ejecución de las normas nacionales que traigan causa del derecho comunitario —y van siendo ya muchas—, provocará de nuevo la aparición de una dualidad de soluciones difícilmente compatible con las exigencias de la certeza y la previsibilidad jurídicas.

(18) Los autos de medidas cautelares son dictados habitualmente por el Presidente, en función de juez unipersonal, y no por la formación colegiada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sólo con carácter excepcional, como ocurrió con el auto de 12 de julio de 1996, recaído en el asunto *Reino Unido/Comisión* (C-180/98, Rec. pág. I-3903), más conocido como de las «vacas locas», la resolución cautelar fue dictada por el Tribunal y no por su Presidente. Este último resuelve también de modo unipersonal los recursos de casación interpuestos contra los autos de medidas cautelares dictados por el Presidente del Tribunal de Primera Instancia.

(19) Para el estudio de esta jurisprudencia, véanse en castellano los trabajos de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, citado, al que han seguido sendos trabajos posteriores del mismo autor: *Sobre la posibilidad de que las jurisdicciones nacionales adopten medidas cautelares positivas contra los Reglamentos comunitarios cuya validez se cuestiona (Sentencia Atlanta del Tribunal de Justicia, de 9 de diciembre de 1995)*, «REDA», núm. 88 (1995), págs. 565 y ss., y *Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (référé-provision): a propósito del auto del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de enero de 1997 (asunto Antonissen)*, núm. 142 de esta REVISTA (1997), págs. 225-243. Véanse asimismo S. MENÉNDEZ PÉREZ, *La tutela cautelar de los derechos comunitarios en nuestro proceso contencioso-administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial, Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo produce la integración en la Unión Europea, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996; M. BACIGALUPO SAGGESE y J. A. FUENTETAJA PASTOR, *Fumus boni iuris, periculum in mora y equilibrio de intereses como presupuestos de la tutela judicial comunitaria*, «REDA», núm. 94 (1997), págs. 287-306; B. PASTOR BORGONÓN y E. VAN GINDERACHTER, *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Civitas, Madrid, 1993, y G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «La tutela cautelar en el derecho comunitario», en *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993.

Este doble *standard*, sobre cuyos riesgos y disfuncionalidades ya se ha hecho alguna advertencia, ¿es admisible? ¿No se producirá algo similar a la discriminación *à rebours*, como se denomina en el argot comunitario, esto es, la discriminación contra los nacionales, privados del nivel de protección que es propio de la tutela cautelar exigible según el ordenamiento comunitario? ¿Sería comprensible, por ejemplo, que la suspensión y las demás medidas cautelares de los contratos públicos sujetos a las exigencias comunitarias de publicidad y concurrencia, que tienen un régimen específico en materia de suspensión (20), se inspirasen en criterios jurisprudenciales distintos de los aplicables al resto de contratos de las administraciones públicas?

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha afirmado recientemente, en la sentencia de 16 de junio de 1998, *Hermès International* (21), resumiendo otras anteriores, que «cuando una disposición puede aplicarse tanto a situaciones regidas por el derecho nacional como a situaciones regidas por el derecho comunitario, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, dicha disposición reciba una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tenga que aplicarse» (22).

Pensemos, por ejemplo, en la materia específica de suspensión de liquidaciones tributarias por hechos imponibles (como los aduaneros) de origen comunitario. La sentencia de 17 de julio de

(20) Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO L 395, pág. 33) y Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 76, pág. 14).

El artículo 1.1 de la primera de ambas directivas dispone: «En lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE y 92/50/CEE [directivas de contratos de obras, suministros y servicios], los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes y, en especial, en el apartado 7 del artículo 2, cuando dichas decisiones hayan infringido el derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.»

(21) Asunto C-53/96, Rec. pág. I-4295.

(22) Véase sobre esta cuestión y, en general, sobre la interpretación de las nociones o conceptos jurídicos de origen comunitario introducidos en la legislación administrativa española, D. RUIZ-JARABO COLOMER, «Líneas generales de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia contencioso-administrativa», en la obra colectiva *Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Comentarios a la Ley 29/1988, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*, El Consultor, Madrid, 1998, págs. 209 a 238.

1997, *Giloy* (23), responde a una cuestión prejudicial suscitada por un tribunal alemán (24) sobre la interpretación del artículo 244.2 del Código aduanero comunitario (25), a tenor del cual, en los recursos contra las decisiones adoptadas por las autoridades aduaneras sobre la aplicación de la normativa aduanera, estas últimas ordenarán la suspensión total o parcial de la ejecución de dicha decisión cuando tengan razones fundadas para dudar de la conformidad de la decisión impugnada a la normativa aduanera o cuando pueda temerse un daño irreparable para el interesado. ¿Cómo admitir que la interpretación de esta norma, llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pueda conducir a resultados diferentes según el Estado miembro en que se aplique, si de lo que se trata es, precisamente, de unificar el régimen de recursos contra las decisiones de las diversas autoridades aduaneras nacionales?

Anteriormente me he referido al reconocimiento del poder atribuido a los órganos jurisdiccionales para «configurar» en sede

(23) Asunto C-130/95, Rec. pág. I-4295.

(24) Es interesante leer el texto de la cuestión prejudicial propuesta, expresivo de que los problemas en esta materia son comunes a todos los ordenamientos nacionales. El órgano jurisdiccional alemán se planteaba, a la vista de la norma comunitaria, las siguientes dudas:

«1) Los dos requisitos mencionados en el apartado 2 del artículo 244 del Reglamento (CEE) núm. 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código aduanero comunitario, esto es: razones fundadas para dudar de la conformidad de la decisión impugnada con la normativa aduanera o daño irreparable para el interesado, ¿son completamente independientes entre sí, de manera que la suspensión de la ejecución también debe ordenarse si, a pesar de no haber duda sobre la conformidad con la normativa aduanera de la decisión cuya ejecución se solicita, se reconoce la posibilidad de que se produzca un daño irreparable para el interesado?

En el supuesto de que se conteste afirmativamente a la primera cuestión:

2) ¿El cumplimiento del requisito mencionado en el segundo guión excluye forzosamente que se exija la constitución de una garantía o se exija para ello el cumplimiento de otros requisitos, y, de ser así, de cuáles?

3) ¿La amenaza de pérdida del puesto de trabajo, que ya haya podido producirse a consecuencia del vencimiento de la deuda exigida, constituye una dificultad grave de índole económica o social, aunque el mínimo vital esté garantizado conforme a la normativa nacional, por ejemplo, a través de la asistencia social?

4) En caso de que se ordene la suspensión de la ejecución, ¿debe constituirse siempre la garantía por un importe equivalente al de los tributos adeudados, o existe la posibilidad de limitarla hasta una cantidad parcial, teniendo en cuenta el conjunto de la situación económica global del solicitante?»

(25) Reglamento (CEE) núm. 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre de 1992 (DO L 302, pág. 1).

cautelar la relación o situación jurídica objeto de debate, poder sobre cuyos perfiles se ha pronunciado también el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En efecto, mediante la sentencia de 9 de noviembre de 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft y otros (I)* (26), el Tribunal de Justicia precisó las circunstancias en las que un órgano jurisdiccional nacional puede conceder medidas provisionales de adaptación o regulación de las situaciones jurídicas o las relaciones jurídicas objeto de litigio, en relación con un acto administrativo nacional basado en un Reglamento comunitario que haya sido objeto de una remisión prejudicial para la apreciación de su validez.

La importancia de la sentencia *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft y otros (I)*, por lo que a la cuestión ahora tratada se refiere, no estriba tanto en las precisiones que contiene sobre las posibilidades de actuación de un juez nacional ante actos procedentes de normas comunitarias sospechosas de nulidad, sino en el reconocimiento pacífico de la capacidad de aquel juez para conceder a los operadores económicos una protección cautelar que desborda los límites de la suspensión del acto y le permite intervenir directamente en la relación subyacente, modelando, de modo provisional, los derechos y obligaciones de ambas partes.

El reconocimiento de esta capacidad es, a mi juicio, uno de los factores decisivos de la tutela judicial cautelar, y su utilización por los órganos jurisdiccionales en los conflictos entre Administración y administrados, aun cuando presente ciertos riesgos insoslayables, quizás pudiera convertirse en el eje de un sistema cautelar efectivo.

VI. LA PRETENDIDA NEUTRALIDAD PROVISIONAL DE LOS AUTOS DE MEDIDAS CAUTELARES

La LJ98 guarda silencio —y quizá sea de agradecer— sobre un carácter discutido de la tutela cautelar, cual es el de su pretendida neutralidad provisional, en cuya virtud la medida cautelar debe serlo en un doble sentido: no debe prejuzgar aspectos de hecho o de derecho que sean objeto del litigio ni debe neutralizar por anticipado las consecuencias de la resolución que deba dictarse posteriormente en el procedimiento principal (27).

(26) Asunto C-465/93, Rec. pág. I-3761.

(27) Véase M. P. CALDERÓN CLADRADO, *Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares*, «La Ley», 1995-2, pág. 1086.

Sobre este carácter, que se ha invocado hasta ahora con frecuencia como argumento para negar la procedencia de medidas de carácter positivo, la polémica puede adquirir tonos de nominalismo, bastante fáciles, por lo demás, en la materia. Todo dependerá de la idea que se tenga sobre cuál era realmente el *status quo ante* que debe ser objeto de protección cautelar: si el previo a la intervención administrativa o el configurado por ésta.

Quizá sea oportuno traer a colación, una vez más, el criterio de la jurisprudencia comunitaria sobre esta materia (28): «[...] el hecho es que, en la mayoría de los procedimientos sobre medidas provisionales, tanto la concesión como la denegación de la suspensión de la ejecución de un acto solicitada pueden producir, en cierta medida, determinados efectos definitivos, e incumbe al Juez de medidas provisionales, al pronunciarse sobre la suspensión solicitada, ponderar los riesgos propios de cada una de las soluciones posibles» (29).

Por lo demás, no puede dejar de subrayarse que, en determinados supuestos en que la actuación administrativa lo es de tracto único, esto es, a plazo fijo y se agota en sí misma, la dispensa de la tutela cautelar ha de producir, por la fuerza de las cosas, efectos irreversibles que se asemejan —aunque no se identifican— con los efectos de la sentencia final. Estoy pensando, por ejemplo, en el caso, tantas veces citado, de la medidas cautelares sobre la fijación de servicios mínimos en caso de huelga: una decisión judicial como la que fue objeto de consideración en el recurso de amparo fallado por la STC 148/1993 por su propia naturaleza se convierte en irreversible, tanto si corrobora como si restringe el acto administrativo de imposición de servicios mínimos.

Esta misma doctrina subyace en el auto de 6 de mayo de 1999 de la Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, al que antes he hecho referencia (30):

«En casos como el presente el elemento temporal desempeña un papel predominante: se trata, en efecto, de suspender, o no, un Acuerdo del Consejo de Ministros cuya eficacia temporal dura, en realidad, ocho

(28) Se trata del auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 25 de junio de 1998, *Gobierno de las Antillas Neerlandesas/Consejo de la Unión Europea*, asunto C-159/98 P(R), en el que responde a la alegación del Consejo sobre la vulneración de la neutralidad provisional por una medida cautelar.

(29) El auto reitera, con ciertos matices, la misma doctrina expuesta ya en el de 29 de enero de 1997, *Antonissen/Consejo y Comisión*, C-393/96 P(R), Rec. pág. I-441, apartado 40, sobre las medidas positivas de anticipación.

(30) Véase *supra*, nota 15.

meses, esto es, el tiempo en que se amplía la moratoria preexistente para que Telefónica S.A. inicie sus actividades en el sector de las telecomunicaciones por cable. En la medida en que ello es así, puede afirmarse que la demora en conceder la tutela cautelar privaría al recurso de su finalidad legítima, pues una respuesta de la Sala estimatoria de aquél, pero tardía, no habría impedido la producción de todos los efectos jurídicos eventualmente dañosos para el recurrente, derivados de la ejecución del acuerdo contrario al ordenamiento jurídico. Es cierto que el ulterior reconocimiento del derecho a ser indemnizado mitigaría aquellos efectos —en lo que pudieran tener de significación puramente económica— pero ello no es suficiente, a la luz de la nueva regulación legal, para privar a la parte de su derecho a obtener, cuando proceda, la tutela cautelar.»

VII. LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES. ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES

Me detendré ahora en algunos problemas específicos que la nueva regulación plantea respecto al papel del Tribunal Supremo, y, en concreto, de su Sala Tercera, que puede verse enfrentada con las medidas cautelares desde una doble posición:

a) Como órgano jurisdiccional de primera y única instancia, cuando resuelva impugnaciones directas contra reglamentos emanados del Consejo de Ministros y contra los actos de éste y de las demás instituciones públicas a que se refiere el artículo 12.1 de la LJ98. En tales casos, la solicitud de medidas cautelares presenta los mismos problemas que la formulada ante cualquier otro órgano jurisdiccional, y sólo debe destacarse el papel y la especial responsabilidad de la Sala Tercera al fijar la jurisprudencia correspondiente.

b) Como tribunal de casación, al revisar la adecuación a derecho de los autos de medidas cautelares dictados por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia. Es aquí donde surgen los problemas más delicados.

El primero de ellos afecta a la admisibilidad misma del recurso de casación. Sólo son recurribles en casación ordinaria los autos de

medidas cautelares recaídos en procesos («en los mismos supuestos previstos en el artículo anterior», dice el art. 87 LJ98) cuya sentencia, a su vez, pudiera ser susceptible de casación. El problema surge si se tiene en cuenta que en la fase inicial del proceso —que es cuando se pide y se concede o se deniega, normalmente, la medida cautelar— puede que no sean conocidos todavía los datos procesales necesarios para saber si contra la sentencia final cabrá, o no, recurso de casación. Es posible que la cuantía no haya sido aún fijada y, desde luego, en ese momento se ignora si en la demanda ulterior se va a solicitar, por ejemplo, la nulidad de un acto por ilegalidad del reglamento de que trae causa, en cuyo caso (art. 86.3 LJ98) la sentencia es susceptible siempre de casación.

Más relevante es, si cabe, el hecho de que se ignora en aquella fase inicial si el fundamento de la demanda va a ser el derecho autonómico o el derecho estatal o comunitario, con las consecuencias que ello implica en orden a la admisibilidad de la casación (art. 86.4 LJ98).

En ausencia de estas importantes determinaciones procesales, ¿está abierta, sin más, la casación contra cualquier auto de medidas cautelares dictado por las Salas Territoriales en asuntos de que conozcan en única instancia?

El segundo problema, por orden creciente de importancia, es el de si cabe pedir directamente a la Sala Tercera, en sede de casación, que adopte por sí misma medidas cautelares en relación con el objeto del litigio.

Aun cuando el artículo 129 LJ98 afirma que los interesados pueden solicitar «en cualquier estado del proceso» la adopción de aquellas medidas, no predetermina a qué órgano corresponde dicha adopción. Por ello, y por las consideraciones que a continuación expondré, recientes decisiones de la Sala Tercera han interpretado el precepto en el sentido de que no le corresponde a ella, sino al órgano jurisdiccional *a quo*, adoptar medidas cautelares cuando su sentencia está pendiente de casación.

En efecto, el auto de 16 de febrero de 1999 de la Sección Tercera de la Sala Tercera (31) se expresa a este respecto en los siguientes términos:

«[...] una cosa es que en cualquier estado del proceso deba ser posible, como posibilidad genérica o ins-

(31) Recurso núm. 10012/1997. El auto estima el recurso de súplica interpuesto por el Abogado del Estado contra una providencia que había accedido a formar, en el recurso de casación, la pieza separada de suspensión. En su lugar, declara que no procede tramitar aquella pieza.

titucional, la dispensa u otorgamiento de la tutela cautelar, y otra distinta, diferenciada de ella, la identificación del órgano judicial que en cada estado de aquél haya de tenerse como competente para tal función.

En este punto, la interpretación sistemática y lógica de las normas aplicables conduce a entender que, aun estando pendiente un recurso devolutivo, es sin embargo el órgano *a quo* el que conserva la competencia para decidir en ese ámbito de la tutela cautelar, siendo por tanto ante él ante quien ha de deducirse la pretensión correspondiente.

Así, si se observa la regulación que la nueva Ley de la Jurisdicción dedica al recurso de apelación en sus artículos 81 y siguientes, se aprecia en la dicción del artículo 83.2 que es el Juez quien, no obstante la admisión de la apelación en ambos efectos, y como facultad separada y por tanto diferenciada a la de la ejecución provisional de la que se ocupa el artículo 84, puede en cualquier momento, a instancia de la parte interesada, adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar la ejecución de la sentencia. Pero además de la dicción de los preceptos, es también el criterio lógico el que conduce a la conclusión dicha, pues no tendría sentido que el tribunal de apelación pudiera estar decidiendo sobre la adopción de medidas cautelares mientras que el juez pudiera adoptar medidas contradictorias para garantizar la ejecución de la sentencia o acordar una ejecución provisional de ésta incompatible con aquéllas.

Y si ello es así en sede del recurso de apelación, con mayor fuerza ha de serlo en el de casación, pues a la razón lógica antes dicha se une ahora la que deriva de la especial naturaleza de este recurso extraordinario, cuyo objeto no es el examen de nuevo, sin limitación alguna, de la totalidad de los aspectos jurídicos y fácticos de la cuestión planteada, sino el más limitado de enjuiciar, en la medida en que se denuncien a través de los motivos de casación, las hipotéticas infracciones jurídicas en que haya podido incurrir el órgano judicial *a quo*, bien sea *in iudicando*, es decir, al aplicar el ordenamiento jurídico o la jurisprudencia al resolver las cuestiones objeto de debate,

bien sea *in procedendo*, esto es, quebrantando normas procesales que hubieran debido ser observadas. Como bien se comprende, esa especial naturaleza del recurso de casación no admite sin riesgo de distorsión que el órgano judicial entre en contacto con un elenco de datos y aspectos del proceso, tanto fácticos como jurídicos, que siendo de necesaria valoración en la toma de la decisión cautelar, serán sin embargo en gran medida ajenos al objeto propio de aquel recurso.

En conclusión, es el órgano judicial *a quo*, bien en sede del instituto propiamente dicho de las medidas cautelares, bien en la del atinente a la ejecución provisional de la sentencia, el competente para satisfacer la exigencia institucional de que en cualquier estado del proceso pueda deducirse y en su caso atenderse una pretensión de tutela cautelar.»

El tercer problema se refiere a la subsistencia de la línea jurisprudencial de la Sala Tercera en relación con el enjuiciamiento, vía casacional, de los autos de suspensión recurridos, en los casos en que dicho enjuiciamiento ha de tener lugar cuando ya ha sido dictada la sentencia de instancia, sea ésta firme o no. Aquella línea jurisprudencial afirmaba que procedía el archivo del recurso de casación —o su inadmisión, si la sentencia de primera instancia se produjo antes de formalizar la casación— por carencia de objeto sobrevvenida.

La nueva regulación procesal de las medidas cautelares quizá requiera un cambio o, al menos, la introducción de ciertos matices en aquella jurisprudencia, que, válida para los autos de suspensión, podría no serlo automáticamente para los de medidas cautelares. Y no por razón de la diferencia substantiva entre unos y otros, sino por razón del régimen procesal de la nueva Ley.

En efecto, a partir de ahora, el pronunciamiento de la sentencia de instancia no deja sin efecto de modo automático las medidas cautelares adoptadas ni impide que, tras ese momento, la Sala de instancia —competente para la ejecución provisional de su sentencia— siga adoptando otras medidas cautelares, en función de un cambio de circunstancias.

VIII. EL CONTROL CASACIONAL DE LOS AUTOS DE MEDIDAS CAUTELARES
 DICTADOS POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Quizás el más delicado de los problemas que se están planteando en esta materia es el de delimitar con una cierta previsibilidad cuál es el alcance del control y de la revisión que, por vía casacional, corresponde a la Sala Tercera en relación con los autos de medidas cautelares dictados por las Salas territoriales y, en concreto, en relación con la apreciación de la prueba (si es que la hubo, lo que no suele ser habitual en esta fase procesal), la apreciación de los hechos y la calificación de éstos que hayan sido llevadas a cabo por aquellas Salas.

En concreto, se trata de saber si son revisables en casación los juicios de las Salas territoriales sobre la existencia, en cada caso singular, de unos determinados perjuicios y su carácter de reparables o irreparables, o sobre la mayor o menor dificultad de la reparación, o sobre el peso específico de aquellos perjuicios en relación con los eventualmente alegados por la contraparte. En otros términos, hasta qué punto corresponde a la Sala Tercera el control de los juicios de la Sala de instancia sobre la existencia de los presupuestos para la adopción de la medida cautelar, en un supuesto singular sometido a su apreciación.

Es igualmente discutible el alcance del control en casación de la ponderación de los intereses en conflicto que haya llevado a cabo en cada supuesto singular el tribunal de instancia, con el fin de dispensar o denegar la tutela judicial. La elección del interés prevalente en un caso concreto, ¿presupone un mero juicio de apreciación de los hechos a la vista de las circunstancias fácticas alegadas y probadas en la pieza de medidas cautelares? La suspensión de una concreta sanción pecuniaria por entender que causará problemas de difícil reparación al sancionado y que el interés público no exige en aquel caso, de modo ineludible, el pago anticipado de aquélla, ¿es revisable jurisdiccionalmente en el seno de la casación?

Me estoy refiriendo, como es lógico, a la casación por motivos de fondo, por vicios *in iudicando*, no por motivos formales o vicios *in procedendo* (falta de motivación, incongruencia del auto) sobre los que no existen problemas de principio.

Cabría distinguir, a efectos de la solución de un problema que, como tantos otros de la casación, se convertirá en caballo de batalla durante años, dos posibles hipótesis:

a) Autos que, de manera manifiesta (con las reservas que estos términos conllevan en derecho), adoptan soluciones arbitrarias, vulneradoras de derechos fundamentales o de principios sustanciales del ordenamiento jurídico. Parece que la interdicción de la arbitrariedad, el mayor valor de los derechos fundamentales y la vinculación del juez al ordenamiento jurídico, incluidos sus principios nucleares, son suficientes para dar respuesta en casación a estos defectos del auto impugnado.

b) Autos que se limitan a evaluar las alegaciones y pruebas practicadas, acotan una situación de hecho caracterizada por rasgos específicos, calibran razonadamente los intereses en conflicto y optan por una solución u otra. Es aquí donde se plantean los problemas a que me refiero.

Tres recientes resoluciones de diferentes Secciones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo pueden resultar expresivas de la actitud que ésta ha adoptado en relación con aquel problema.

En el Auto de inadmisión de la casación, dictado el 18 de diciembre de 1998 por la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (32), se trataba de juzgar un auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que, a su vez, había rechazado suspender la denegación de la concesión de asilo a un súbdito liberiano. El Tribunal Supremo concluye que el recurso no puede ser admitido, utilizando una argumentación que incide en el problema que vengo analizando:

«En el segundo motivo se aduce, al amparo del número 4 del artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional, la vulneración del artículo 7.4 de la Ley 62/78, de 26 de diciembre. Sin embargo, del análisis del motivo enumerado, lo que en realidad pretende el recurrente es someter a crítica la valoración que el Tribunal *a quo* ha realizado de las circunstancias concurrentes en el caso para denegar la suspensión interesada de la ejecutividad del acto recurrido, pues el núcleo de su argumentación gira en torno a la ponderación de los intereses en juego, efectuada por la Sala de instancia sin reparar en que, como esta Sala ha dicho reiteradamente, el recurso de casación no puede fundarse en el error de hecho en que hubiese podido incurrir el Tribunal de instancia al valorar las circunstancias del caso.

(32) Recurso núm. 2050/1997.

Tampoco la alegada infracción de jurisprudencia puede servir de apoyo a la admisión del recurso, ya que tiene declarado con reiteración esta Sala que, dado el carácter casuístico y particular de la materia relativa a la suspensión cautelar, solamente pueden traerse a colación resoluciones del Tribunal Supremo en que se hayan tenido en cuenta circunstancias de hecho coincidentes con las del caso de que se trata, pero nunca declaraciones de carácter general o que no se ajusten al mismo, como aquí ocurre, atendidas las concretas circunstancias valoradas por la Sala de instancia.»

Otro auto de similares características es el dictado por la misma Sala y Sección el 11 de diciembre de 1998 (33), en que se inadmite la casación contra un auto de una Sala territorial que no había accedido a suspender la resolución de un concurso de transporte sanitario. De nuevo, el Tribunal Supremo delimita los contornos de la revisión casacional de este tipo de autos:

«La parte recurrente funda su primer motivo de casación, al amparo del artículo 95.1.3.º de la LRJCA, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en la infracción de los artículos 120.3 de la Constitución y 248.2 de la LOPJ. Sostiene, en síntesis, que tanto el Auto recurrido, como aquel en el que se denegó la suspensión “adolecen de la más mínima motivación, en cuanto se limitan a considerar no probado el perjuicio irreparable sin entrar a hacer la más mínima valoración de toda la prueba aportada y sin dar respuesta a las cuestiones planteadas ocasionando una auténtica indefensión”. [...]

Debe señalarse al respecto, en primer lugar, que es doctrina reiterada de este Tribunal (por todas, Sentencias de 19 de septiembre y 15 de noviembre de 1990 y 11 de junio de 1991) que no basta alegar la irreparabilidad o la dificultad en la reparación del daño alegado para acordar la suspensión, sino que, además, es preciso acreditarlo, lo que implica una valoración de los hechos y de la prueba por parte del Tribunal *a quo*, y conviene recordar que es también

(33) Recurso núm. 248/1998.

doctrina reiterada de este Tribunal (por todas, Sentencias de 24 y 31 de enero de 1994 y 7 de noviembre de 1996) la que declara que la casación es un recurso extraordinario que se desenvuelve únicamente dentro de los motivos expresamente relacionados en la Ley y cuya técnica excluye de su ámbito la apreciación de los hechos realizada por la Sala sentenciadora, salvo que se aduzca la infracción de normas o criterios jurisprudenciales acerca del valor tasado de un determinado medio probatorio, lo que no acontece en el presente caso.

[...]

Fundamenta la entidad recurrente su segundo motivo de casación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 95.1.4.º de la LRJCA, en la infracción de los artículos 24 de la Constitución y 122 de la Ley Jurisdiccional, por cuanto, a su parecer y en lo básico, la prueba practicada y obrante en autos evidencia la existencia del perjuicio derivado de la ejecución para su interés, sin que conste acreditado el que la suspensión podría irrogar al interés general, por lo que, al centrar su crítica en la valoración de la prueba realizada por el Tribunal *a quo*, basta con remitirnos a lo ya dicho en el anterior fundamento de derecho para inadmitir este motivo por carecer manifiestamente de fundamento.

[...]

Por último, en su cuarto motivo de casación, formulado al amparo del artículo 95.1.4.º de la LRJCA, denuncia la entidad recurrente la infracción de los artículos 1218, 1225 y 1253 del Código Civil, en cuanto al valor probatorio de los documentos públicos y privados que constan en el expediente y la valoración de la prueba de presunciones.

Se vuelve en este motivo a criticar la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia, que no tiene acceso a la casación, salvo que se haya incurrido en infracción de normas o jurisprudencia acerca del valor de determinadas pruebas, cabalmente en los contados casos en que la apreciación de la prueba no es libre, sino tasada, como efectivamente ocurre con la prueba documental (arts. 1218 y 1225 del Código Civil), pero aquí no se discute el valor tasado de

tal medio probatorio sino la valoración que de tales documentos ha hecho el Tribunal de instancia [...].»

Finalmente, la sentencia de la Sala Tercera, Sección Tercera, del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1999 (34) resuelve el recurso de casación interpuesto por una Administración autonómica contra un auto de una Sala de un Tribunal Superior de Justicia que había suspendido, previa prestación de fianza, la sanción pecuniaria de 25.000.001 pesetas, impuesta a una empresa por infracción en materia de calidad de aguas litorales. El auto se combatía en casación a través de un único motivo, en el que, al amparo del artículo 95.1.4.º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa entonces vigente, se denunciaba la infracción del artículo 122 de dicha Ley. La Sala desestima el recurso de casación con los siguientes argumentos:

«[...] en el desarrollo argumental del motivo lo que se descubre es básicamente la queja o discrepancia sobre la valoración de la prueba hecha por el Tribunal *a quo*, al entender la recurrente en casación que la parte solicitante de la medida cautelar no habría aportado elementos de juicio bastantes para obtener la conclusión de que la ejecución de la resolución impugnada sería susceptible de causar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil. A lo que se añade la queja o discrepancia sobre la valoración o ponderación que aquel Tribunal hizo de los intereses en conflicto, pues con el ejercicio de la potestad sancionadora no se persigue una finalidad recaudatoria y sí de salvaguarda del sector del ordenamiento jurídico conculcado, que además es en el caso de autos merecedor de especial protección, por referirse al medio ambiente.

El motivo debe así ser desestimado. De un lado, porque el auto recurrido en casación, según resulta de la sola lectura de su fundamento, antes transcrito, no desconoce ni interpreta erróneamente cuáles eran las exigencias del artículo 122 de la anterior Ley de la Jurisdicción para la adopción de la medida cautelar que en él se preveía, ni lo infringe por tanto. Y de otro, porque las conclusiones alcanzadas por el Tri-

(34) Recurso núm. 6462/1997.

bunal *a quo* acerca de si concurren o no en el caso en concreto aquellas exigencias, valorando el conjunto total de los datos puestos a su disposición, del que forman parte también las mismas alegaciones vertidas por las partes, los extremos de ellas en que quepa ver contradicción o discrepancia y su grado de razonabilidad, no es un aspecto que *prima facie*, a través tan sólo de una propia y nueva valoración, pueda ser revisado por este Tribunal en sede de este recurso extraordinario de casación; para ello sería preciso, ante todo, que se imputara al juicio valorativo en sí mismo, y por ende a las conclusiones en él obtenidas, alguno o algunos de los vicios que son susceptibles de ser esgrimidos como motivos de casación.

En otras palabras, la decisión cautelar, basada en la apreciación de la entidad del perjuicio derivable de la ejecución del acto administrativo; en la del interés público que resultaría afectado por la adopción de la medida y en la de la prevalencia que en el caso en concreto había de darse a uno u otro, no infringe en sí misma, en ninguno de esos aspectos, las normas que se contenían en el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción entonces vigente; al contrario, se toma desde la perspectiva o con el enfoque que el precepto quería; y además, en su conjunto, se presenta como acomodada a la idea que exteriorizaba la propia Exposición de Motivos de dicha Ley, según la cual, “al juzgar sobre su procedencia —de la medida cautelar de suspensión— se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego”, y también a la que estaba presente en la jurisprudencia recaída en aplicación de tales normas, pues se recoge en ella que “... cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión...” (Auto, entre otros, de 24 de diciembre de 1990), y de que, por regla general, no son intensas las exigencias del interés público en la inmediata ejecución de las sanciones pecuniarias (Autos, entre otros, de 9 de junio de 1988 y 29 de marzo de 1989, así como también el antes citado). En consecuencia, y en

definitiva, un motivo que únicamente denuncia como infringido un precepto que en sí mismo no lo ha sido, conduce obligadamente a la desestimación del recurso.»

Pudiera pensarse, quizás, que esta línea jurisprudencial parte de un entendimiento de la casación restrictivo, en cuanto que, aparentemente, respeta no sólo el relato de hechos efectuado en la instancia, sino también la valoración que sobre aquéllos haya hecho el Tribunal Superior en los autos de medidas cautelares. Ello no deja de suscitar alguna perplejidad, sobre todo si se compara con juicios similares vertidos por el Tribunal Supremo al ejercer el control casacional de las cuestiones tratadas en las sentencias objeto de este recurso extraordinario. De nuevo, la tenue frontera entre las cuestiones de hecho y de derecho se convierte en el caballo de batalla. Y esa «batalla» ya no afecta sólo a las medidas cautelares, sino al significado y a la función estructural de la casación en nuestro sistema de recursos.