

I. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

NUEVAS MEDIDAS CAUTELARES «POSITIVAS»: LA IMPOSICION POR VIA CAUTELAR A LA ADMINISTRACION DE LA OBLIGACION DE CONTINUAR UN PROCEDIMIENTO, ELIMINANDO UN OBSTACULO INICIAL SIN APARIENCIA DE BUEN DERECHO (Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de octubre de 1991)

SUMARIO: I. La introducción de «medidas cautelares positivas» en el proceso contencioso-administrativo. El Auto anterior de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de marzo de 1991 y sus efectos disuasorios de procesos abusivos.—II. Los hechos que dieron lugar al proceso en que se produjo el Auto de 14 de octubre de 1991: denegación municipal de una licencia de instalación de un bar-restaurante. Petición de medidas cautelares.—III. El resumen de «la más reciente doctrina jurisprudencial» en materia de medidas cautelares. El artículo 24.1 de la Constitución y la existencia de un verdadero derecho fundamental a la tutela cautelar y de una correlativa obligación judicial de otorgarla; el carácter específico o in natura del derecho a la tutela cautelar. El principio de numerus apertus o de libre configuración de las medidas cautelares desde el criterio único de asegurar la efectividad de la Sentencia final. Inclusión en la fórmula de las medidas cautelares positivas: imposición de conductas a la Administración o habilitación al ciudadano para desarrollar otra determinada. La doctrina de la «apariencia de buen derecho» y su fundamento.—IV. La aplicación de la nueva doctrina al caso de autos: peligro de frustración de la tutela efectiva en la Sentencia final y apariencia de buen derecho («razonable apariencia de que la parte recurrente litiga con razón»). Razonamiento sobre la falta de fundamento jurídico del criterio de medir circunstancias aplicado por la resolución recurrida. Esas circunstancias «obligan sin duda... a la adopción de alguna medida cautelar».—V. Imposibilidad de otorgamiento cautelar de la licencia denegada por no haberse cumplido aún el procedimiento del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres... de 1961. Imposición como medida cautelar de la obligación de continuar el procedimiento partiendo del criterio cautelarmente impuesto de medir las distancias mínimas. Carácter provisional, a reserva de la resolución final del proceso, si del procedimiento resultase el otorgamiento de la licencia. Un arma idónea para la defensa del administrado frente a las omisiones procedimentales de la Administración. La posibilidad normal de una satisfacción extraprocesal de la pretensión y de eliminación de un proceso abusivo. Mantenimiento estricto del Tribunal en su función única de control de la ilegalidad, sin interferirse en las responsabilidades políticas de la Administración.—VI. La dispensa de caución. La inaplicación de la norma rígida del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

I

Un nuevo Auto reciente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco viene a continuar y desarrollar la línea que la misma Sala abrió, tan creativamente, en su Auto de 21 de marzo de 1991, imponer medidas cautelares positivas mediante una

condena de dictar nuevos actos a la Administración demandada sobre pautas que la propia Sala señala, actos de los que puede resultar — así ocurrió aquella primera vez (1) y así es de esperar que ocurra en ésta— la satisfacción extraprocesal de la pretensión ejercitada en el proceso y, con ello, el fin inmediato de éste.

No hay que recordar que esa línea se inserta en la nueva corriente jurisprudencial sobre medidas cautelares que ha abierto lúcidamente el Tribunal Supremo con sus Autos de 20 de diciembre de 1990 (2), 17 de enero de 1991 (3) y 10 de julio de 1991 (4), que han supuesto un cambio radical en la materia. Frente a la inconsistente motivación del Auto de otorgamiento de las medidas que resultaba del artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción y de la limitación de tales medidas únicamente a la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, la nueva jurisprudencia declara la existencia de un verdadero derecho fundamental a la tutela cautelar incluido en el artículo 24 de la Constitución, del que resulta la posibilidad de pedir, y la correlativa obligación de otorgar por parte del Tribunal, cualquier medida cautelar que sea precisa para garantizar la tutela judicial efectiva que ha de dispensarse en la Sentencia final.

Sobre la base que «quien tiene razón no puede resultar perjudicado por el proceso que necesita para que se le reconozca esa razón», principio ya proclamado por una jurisprudencia más general (Sentencias de la Sala 3.^a de 27 de febrero, 20 de marzo y 4 de diciembre de 1990), y partiendo también de que «la larga duración del proceso reclama que el control de la ejecutividad se adelante en el tiempo» (Auto de 17 de enero de 1991), esta nueva doctrina se está articulando resueltamente como la dispensa de una tutela provisional e inmediata a quien es capaz de exhibir inicialmente una «apariencia de buen derecho» o *fumus boni iuris*, tutela sin fuerza de cosa juzgada, como es natural, y a reserva de la ulterior Sentencia sobre el fondo, pero que en la práctica viene con toda frecuencia a facilitar — por satisfacción extraprocesal de la pretensión por la Administración, una vez que ha comprobado la inicial apreciación del Tribunal sobre la falta de apariencia de buen derecho en su posición, o por desistimiento por parte del actor a quien se deniega esa apariencia— la eliminación de un buen número de recursos abusivos o inútiles, en los que apa-

(1) Vid. mi comentario *Medidas cautelares positivas y disociadas en el tiempo: el Auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*, en «REDA», 71, págs. 377 y ss. Igualmente referimos este importante Auto —el primero, según nuestras noticias, en haber acordado medidas cautelares positivas en la historia de la justicia administrativa en España— en la 3.^a edición del *Curso de Derecho Administrativo*, II, Cívitas, 1991, de Tomás Ramón FERNÁNDEZ y mío, págs. 610-611.

(2) Comentado por mí en «REDA», 69, págs. 65 y ss.

(3) Comentado por mí en «REDA», 70, págs. 255 y ss.

(4) Comentado por mí en el núm. 125 de esta REVISTA. Todos estos trabajos citados hasta ahora y otros varios sobre el mismo tema se incluyen en mi libro *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Madrid, Cívitas, 1992.

rece una verdadera «perversión del proceso» convertido de hecho en un instrumento de la injusticia (5).

El anterior Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de marzo de 1991 había supuesto, como en su momento notamos, la aplicación de esa nueva doctrina para justificar por vez primera el otorgamiento de medidas cautelares positivas, consistentes en la imposición a la Administración de un deber de dictar un nuevo acto administrativo teniendo en cuenta las pautas que el propio Auto señalaba.

Esa idea original, que se ampara en la libertad de configuración de las medidas cautelares que sean precisas en cada caso para asegurar la tutela judicial efectiva al peticionario, ha resultado ser un expediente especialmente bien imaginado en el caso concreto de la justicia administrativa. La Administración, con excesiva frecuencia, dicta actos no meditados, porque repiten fórmulas hechas, o por falta de reflexión, o por inercia burocrática, o por simple silencio, actos que no por eso dejan de echar sobre el ciudadano la onerosa carga de iniciar un proceso contencioso-administrativo y de mantenerlo durante varios años, en diferentes instancias, normalmente. Imponiendo a la Administración la obligación, como medida cautelar, de dictar un nuevo acto en que tome en consideración un aspecto ignorado o eludido por ella, el Tribunal la está llamando inmediatamente a la razón, con enormes posibilidades de que de ese nuevo acto resulte una satisfacción extraprocesal de la pretensión.

II

El nuevo Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco es el de 14 de octubre de 1991 (R.º 422/91).

Los hechos son los siguientes.

El Ayuntamiento de Bilbao denegó la licencia municipal de instalación de un bar-cafetería por el hecho de que se vulneraba el régimen de distancias mínimas establecido por la Ordenanza Reguladora de Establecimientos de Hostelería y Asimilados, toda vez que la instalación que se pretendía es «colindante de fachada trasera» con otra instalación de restaurante ya instalada con la oportuna licencia. El recurso de reposición fue desestimado expresamente.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo, se suplica, a la vez, como medida cautelar inmediata, «la suspensión de la efectividad de la denegación y, consiguientemente, [se acuerde] la procedencia de entenderse otorgada la licencia solicitada». Se alega, fundamentalmente, que la paralización de su proyecto durante el tiempo preciso para llegar a resolución firme colocará al recurrente en situación de necesaria enajenación del local adquirido «por la imposibilidad de atender a los costes de la financiación de aquél», precisando su obligación de hacer frente a la devolución de un crédito de 50 millones de pesetas. Por otra parte, entiende

(5) Cfr. mi reflexión *La lucha contra el abuso de los procesos: juicios provisionales y medidas cautelares*, en «Poder Judicial», 20, págs. 9 y ss.

que la interpretación de la norma que se le aplica es errónea, por contraria a su espíritu y finalidad.

III

En el «razonamiento jurídico» tercero, la Sala inicia su justificación del otorgamiento de la medida cautelar positiva, que no va a hacerse, sin embargo, en la forma exacta suplicada por el actor.

Comienza aludiendo a «la más reciente doctrina jurisprudencial recaída en torno a las medidas cautelares en el recurso contencioso-administrativo», citando en concreto los Autos del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990 y 17 de abril de 1991 y («sin desconocer su distinto valor jurídico», dice) los Autos de la propia Sala de 2 de febrero y 21 de marzo de 1991 (este último es el comentado por mí, nota 1 *supra*). Resume esta nueva doctrina de manera singularmente precisa en cuatro puntos.

1.º «El derecho fundamental a la obtención de tutela judicial efectiva... *art. 24.1 de la Constitución, obliga no sólo a una reinterpretación del sistema de medidas cautelares normado en la Ley de la Jurisdicción, sino, sobre todo, a afirmar el deber que sobre los Tribunales de Justicia pesa de adoptar aquellas medidas tutelares que sean necesarias para asegurar la plena efectividad del acto terminal del proceso, pues aquel derecho fundamental implica sin duda, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar en cuanto instrumento no sólo idóneo, sino imprescindible a veces para la efectividad de aquél*». Es un excelente resumen de la nueva postura jurisprudencial, en el que resplandece su vigor y fundamento, de modo que de él se desprende la existencia de una verdadera obligación correlativa de los Tribunales de adoptar las medidas cuando éstas resulten «imprescindibles» para no frustrar el derecho a la tutela de fondo. En esta obligación directa de los Tribunales con la Constitución (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) se vendrá a justificar el hecho notable de que el Auto otorgue finalmente una medida cautelar distinta de la solicitada por el actor; el Tribunal usa, claramente, de sus poderes de oficio incardinados directamente en la Constitución, en su artículo 24 como contenido, en el artículo 9.2 como justificante de esa obligación de oficio («corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que *la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...*»).

Pero es muy importante también lo que añade, a continuación, para eludir el argumento habitual de que la solvencia de la Administración garantizaría en todo caso una indemnización si la medida cautelar no se adopta y el actor ganase el pleito en el fondo (argumento ya combatido en su tiempo por la Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional de 1956, vigente). Dice: «el contenido normal de aquel derecho [derecho fundamental a la tutela cautelar] demanda que la protección judicial opere *precisamente sobre los derechos e intereses que son objeto del litigio, posibili-*

tando, al final de éste, el disfrute de esos mismos derechos e intereses y no una indemnización equivalente en sustitución de ellos impuesta por su desaparición o menoscabo durante el proceso». Deducción impecable, llena de rigor lógico, y que robustece aún más, por su carácter específico o *in natura*, el contenido del derecho fundamental (recién descubierto por la lucidez de la jurisprudencia) a la tutela cautelar. Otra solución implicaría reconocer a la Administración una ilimitada potestad expropiatoria sobre cualquier objeto, y no sólo en los casos y con los procedimientos tasados por las leyes.

2.º «Consecuentemente —continúa en este punto 2.º el mismo “razonamiento” tercero— el abanico de medidas cautelares a adoptar por los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa abarca, tanto al amparo del citado artículo 24.1 de la Constitución, como del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable subsidiariamente por conducto de la Disposición adicional sexta de la Ley de la Jurisdicción, no sólo la única expresamente prevista en el artículo 122 de esta última, referida a la sola suspensión de la ejecución del acto o de la disposición objeto del recurso, sino que se extiende, en definitiva, a *todas aquellas que según las circunstancias “fueren necesarias para asegurar la efectividad de la Sentencia que en el pleito recayere”*». El último párrafo entrecomillado procede del citado artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo que, por cierto, es la primera vez que esta jurisprudencia cita, según mis noticias, aunque en mis comentarios yo me había referido a él. De aquí surge el principio que he llamado de *numerus apertus* o de libre configuración por el juez de las medidas cautelares, no tasadas en ninguna lista o catálogo concretos.

3.º En este tercer punto del mismo Fundamento, el Tribunal observa que «entre ellas [las medidas cautelares] es posible, como ya hizo esta Sala en el segundo de los Autos citados, *medidas cautelares de contenido “positivo”, que impongan a la Administración el deber de una determinada conducta, o que, incluso, habiliten al ciudadano para desarrollar o desplegar otra determinada*». La admisión teórica de esa «habilitación» para que el recurrente a quien la Administración ha denegado (expresamente o por silencio) una autorización o cualquier otro acto habilitante pueda actuar como si dispusiese de éste, es muy importante; los Tribunales Contencioso-Administrativos pueden suplir, pues, en vía cautelar, las denegaciones o las omisiones de la Administración, no sólo imponiendo a ésta una determinada conducta, sino habilitando directamente al ciudadano cuya actividad está bloqueada por la previa actuación administrativa. Es esta última una posibilidad de una trascendencia capital, como bien se comprende, que queda plenamente abierta para ulteriores desarrollos prácticos.

4.º Finalmente, el Auto explica la doctrina del *fumus boni iuris*, en estos términos: «En modo alguno es excluible que en la adopción de las medidas cautelares se dé entrada al criterio de la “apariencia de buen derecho” o “*fumus boni iuris*”, tal y como ya hizo la Sala en el primero de

sus Autos citados, pues es esta apariencia o falta de ella, que no supone en absoluto prejuzgar el fondo del pleito principal, la que siempre está latente en la base misma (en su origen y concreta regulación) del instituto de las medidas cautelares», citando a continuación el «principio de derecho comunitario» a que aluden las Conclusiones del Abogado General en la Sentencia *Factortame* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, «que implícitamente hace suyo el propio Tribunal» y que se resume en que «la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón». Esta mención de *Factortame* (6) se encontraba ya en los Autos del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990 y 17 de enero de 1991. Ya hemos notado que, según estos mismos Autos, ese mismo principio estaba siendo usado ya por nuestra jurisprudencia (Sentencias citadas de 27 de febrero, 20 de marzo y 4 de diciembre de 1990), aunque sólo en cuanto a los efectos de la Sentencia estimatoria del recurso (que es como lo formuló originariamente CHIOVENDA) y que ahora, por vez primera, según la propuesta posterior de CALAMANDREI, se ha erigido en uno de los pilares de la institución cautelar.

El repaso de la nueva jurisprudencia («la más reciente doctrina jurisprudencial»; es curioso que el Fundamento comience su exposición dirigiéndose al «conocimiento que sin duda tienen los Letrados defensores de ambas partes» de esa nueva doctrina) es, según hemos podido ver, excelente. Y ello no sólo en cuanto a la fidelidad a una jurisprudencia que aún no cuenta con un año de vida, sino también, y especialmente, en cuanto que de su reformulación rigurosa se derivan ya razones y posibles consecuencias novedosas.

IV

Tras esa exposición general, el Auto entra en su Fundamento cuarto en su aplicación al caso concreto cuestionado.

Comienza observando que en el caso procede hacer «dos consideraciones» que presentan una «alta dosis de razonabilidad» para resolver la tutela cautelar: por una parte, el «perjuicio irreparable que la parte recurrente anuncia»; «la no adopción de una medida cautelar que permita superar el obstáculo ahora existente para el desarrollo de la actividad proyectada... razonablemente determinará por imposibilidad de soportar los costes de financiación la necesidad de enajenación del local o... de dar a éste un destino distinto del proyectado, *cercenándose así de raíz la posi-*

(6) Sobre esta Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, vid. sobre ella mi artículo en «REDA», 67, 1990, págs. 401 y ss. Es por todas razones excelente la vivificación de nuestro Derecho por los principios generales del Derecho que, con una lúcida y mantenida resolución, está imponiendo dicho Tribunal de Justicia, creando con ello un nuevo *ius commune* europeo. Vid. sobre ello el magnífico estudio de Ricardo ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Cívitas, Madrid, 1989, págs. 227 y ss.

*bilidad de que dicha parte obtenga, para el hipotético caso de que la razón jurídica le ampare, una plena y efectiva tutela judicial»; fija, pues, la Sentencia el elemento de *periculum in mora*, orientado resueltamente al peligro de la frustración completa del fallo final.*

A continuación entra en la segunda circunstancia con «alta dosis de razonabilidad», que es el elemento del *fumus boni iuris*. Y aquí afirma «*la razonable apariencia de que la parte recurrente litiga con razón*»; explicando concretamente ésta, en estos términos: «*si la fachada posterior del local donde proyecta instalar la actividad se halla constituida por un muro con tres ventanas a la altura de un tercer piso, tal y como muestran las fotografías obrantes en esta pieza, de suerte tal que dicha fachada no llegará a ser lugar de entrada al establecimiento, claro parece que no se produce vulneración de lo querido (limitar la proliferación en una misma zona de los establecimientos que contempla) por la norma aplicada en las resoluciones recurridas (Nueva Ordenanza Reguladora de Establecimientos de Hostelería y Asimilados), aunque la distancia de separación, medida sobre dicha fachada posterior, existente entre el local de la parte recurrente y el local donde ya está instalada otra actividad de restaurante con entrada por esa misma fachada, sea inferior a la exigida en el artículo 7 de la citada Ordenanza, por aparecer en principio, y sin prejuzgar el contenido de la resolución de fondo que en su día deba ser dictada, más conforme al espíritu y finalidad de la norma aplicada que la distancia sea medida, en casos como el de autos, desde la fachada opuesta por la que tendrá su única entrada el establecimiento proyectado; siendo así que, a la luz de los datos de que ahora se dispone, cualquier medición hecha en el sentido que acaba de ser dicho arrojaría una distancia superior a la exigida por el repetido artículo 7.º*». El juicio de razonabilidad o de apariencia de buen derecho es, como se ve, completamente explícito.

El Fundamento quinto comienza notando que «*esas dos consideraciones obligan sin duda, por aplicación de los mandatos normativos en los que se basa la nueva doctrina de que se hizo referencia, a la adopción de alguna medida cautelar que esté en línea con lo pedido por la parte recurrente. Sin embargo, el contenido de la resolución no puede ser el que la parte solicita, esto es, que se tenga por otorgada la licencia*».

Veamos ahora cómo justifica esa negativa, que no hace, en modo alguno, porque estime que, en términos generales, no pueda ser otorgada o suplida una licencia en vía cautelar, sino por razón de las circunstancias específicas del caso, admitiéndose, pues, explícitamente, como vimos, la posibilidad de ese otorgamiento en vía cautelar de dicha licencia negada por la Administración si las circunstancias hubiesen sido otras, lo que se comprende que tiene una importancia capital en línea de principio.

V

Esa razón la explica inmediatamente la Sentencia en el mismo Fundamento quinto. En efecto, «*se opone —dice la Sentencia, refiriéndose a la medida cautelar de otorgamiento o suplencia de la licencia— la circuns-*

tancia de que las resoluciones impugnadas se dictaron en aplicación de lo dispuesto en el artículo 30.1 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, y por ende sin que hubiera llegado a ultimarse el total procedimiento regulado en los artículos 29 a 33 de dicho Reglamento», de 30 de noviembre de 1961.

Esto es, el procedimiento específico regulado por ese Reglamento no está aún ultimado. El Ayuntamiento había utilizado la previsión del artículo 30.1 de dicho Reglamento que permite una decisión *a limine* cuando el proyecto contradijese las normas urbanísticas. Pero tras ese trámite inicial, que aquí fue único, el Reglamento prevé aún: información pública, informe del Jefe Local de Sanidad y de los técnicos municipales competentes, informe de la Corporación, remisión a la Comisión Provincial (antes de Servicios Técnicos, hoy la que resulte según la normativa autonómica aplicable), calificación de la actividad, informe de Servicios provinciales, calificación definitiva, medidas correctoras y, finalmente, licencia por el propio Ayuntamiento, con un cierto grado de vinculación al informe de la Comisión Provincial. El procedimiento para el otorgamiento positivo de la licencia falta, pues, enteramente.

Esa constatación, sin embargo, no desanima a la Sala, que encuentra una solución feliz usando de sus poderes de oficio, explicados en el apartado I *supra*. Es ya el objeto del Fundamento 6.º, que dice así:

«No obstante, cabe llegar a la adopción de una medida cautelar que por su contenido, aunque más limitado que el pedido por la parte recurrente, resulte plenamente acomodada a lo que quedó dicho en el razonamiento tercero de esta resolución, y más en concreto a las exigencias derivadas del derecho fundamental a la obtención de tutela judicial efectiva. *Tal medida no es otra que la de imponer a la Administración el deber de continuar el procedimiento que abrió la solicitud de licencia, pero en las bien entendidas ideas: a) de que la distancia prevenida en el artículo 7 de la Odenanza no habrá de ser medida en la forma en que se ha hecho, y sí en la forma que ha quedado dicha en el cuarto de estos razonamientos jurídicos; y b) de que si la resolución final del procedimiento, cuya continuación se impone como medida cautelar, fuera ahora, por mor de la nueva forma de medir que se impone, favorable a la concesión de la licencia, ésta habrá de entenderse a todos los efectos jurídicos de carácter provisional y condicionada al contenido de la resolución firme que ponga fin al recurso contencioso-administrativo del que dimana la presente pieza».*

De nuevo la Sala del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco impone resueltamente una «medida cautelar positiva» condenando a la Administración (*«imponiendo a la Administración el deber de»*) a continuar el procedimiento sobre la base de la forma de medir que parece más adecuada a la «apariencia de buen derecho», esto es, dejando sin efecto en vía

cautelar y a reserva de la resolución final del proceso, el supuesto obstáculo inicial de contradicción del proyecto con la Ordenanza, que había llevado al Ayuntamiento a la exclusión o denegación inicial (art. 30.1 del Reglamento) de la licencia solicitada por supuesta contradicción con las normas urbanísticas.

Me parece que la Sala de Bilbao ha encontrado un arma especialmente idónea para que el administrado pueda defenderse en los supuestos de omisión total y absoluta de un procedimiento especialmente complejo (complejo aquí simplemente porque han de intervenir varias Administraciones) en que con frecuencia le coloca la Administración, por acción o por omisión. En efecto, cuando eso ocurre resulta sumamente difícil obtener de un Tribunal Contencioso-Administrativo algo más que una condena a la Administración a emprender o continuar el trámite omitido, lo que le echará la carga onerosísima de un segundo proceso si la Administración produce al final una resolución denegatoria. Con la fórmula inaugurada por esta Sentencia de imponer por vía cautelar (cuando, naturalmente, se cumplan los dos requisitos de existencia de riesgo de frustración del proceso —*periculum in mora*— y de *fumus boni iuris*) se permite la conclusión del procedimiento omitido y la posibilidad de que el recurrente pueda ampliar el recurso contencioso-administrativo ya interpuesto contra una eventual denegación producida al final de ese procedimiento (art. 46 de la Ley de la Jurisdicción). Es una magnífica creación.

En su primer Auto imponiendo «medidas cautelares positivas», el de 21 de marzo de 1991 (estudiado por mí en «REDA», 71, como ya he notado), la Sala de Bilbao había encontrado un arma de primera importancia para luchar contra una Administración hierática y que deniega los actos reglados a que está obligada altivamente, *quia nominor leo* (porque me llamo león, como en la fábula clásica), sin molestarse en una motivación detenida y objetiva. La imposición a la Administración como medida cautelar de la obligación de dictar un acto nuevo (tras haber dictado dos y cuando podía, según las normas, al menos tal como se aplican, no haber dictado ninguno) en el que el Tribunal le indica los extremos sobre los que necesariamente debe de pronunciarse, se reveló un instrumento sumamente eficaz, tanto que del nuevo acto resultó (como la Sala, al imponer la medida, sospechaba) la completa satisfacción extraprocesal de la pretensión del recurrente (art. 90 de la Ley de la Jurisdicción) y con ello a la eliminación definitiva de un proceso impuesto abusivamente por la Administración.

El caso que ahora estudiamos, Auto de 14 de octubre de 1991, es distinto, como hemos visto, pero también la Sala ha impuesto en él un modo de proceder a la Administración en vía cautelar. La «apariencia de buen derecho» es explicitada aquí con un argumento completo, desarrollado enteramente, aunque con las fórmulas de «en principio» y «sin prejuzgar el contenido de la resolución de fondo», como es obligado en toda medida cautelar. Pero la condena a la Administración o la conducta que el Tribunal le impone podrá dar lugar también, eventualmente, a la plena satisfacción extraprocesal de la pretensión del recurrente.

Con una notable agudeza, y con una perfecta comprensión de la tutela cautelar, la Sala ha indicado que si la licencia se otorgase como consecuencia de la reanudación del procedimiento una vez eliminado —cautelaramente y, por tanto, provisionalmente— el obstáculo inicial de las distancias mínimas, tal licencia «habrá de entenderse a todos los efectos jurídicos de carácter provisional y condicionada al contenido de la resolución firme que ponga fin al recurso contencioso-administrativo del que dimana la presente pieza». La reserva es lógica, como hemos notado, pero ello no excluye, en modo alguno, que esa resolución firme sea precisamente el auto del artículo 90.2 que declara terminado el procedimiento en virtud de una satisfacción extraprocesal de la pretensión si el Ayuntamiento renuncia a seguir discutiendo (una vez ilustrado por el Tribunal de que su postura «no es razonable») en el proceso de fondo su inicial criterio sobre cómo practicar la medición de las distancias.

Me permito llamar de nuevo la atención sobre cómo un discreto, pero resuelto manejo de los poderes cautelares del contencioso-administrativo por un Tribunal avezado, supera resueltamente todas las limitaciones tradicionales sobre el supuesto «carácter revisor» de la jurisdicción, sobre la impavidez de la Administración en el proceso que le permite no dar explicaciones o darlas apodíctica o arbitrariamente, sobre la histórica interdicción de que los Tribunales interfieran o perturben el funcionamiento de la Administración. Y todo ello, sin que nadie pueda decir, o insinuar siquiera, que los Tribunales invaden el ámbito de responsabilidad política propia que la Constitución reserva legítimamente al Ejecutivo y a los Municipios, que los Tribunales quieran imponer un «gobierno de los jueces», una judicialización completa de la vida colectiva (7). Aquí el Tribunal no se sale un milímetro de su función de asegurar la sumisión a la Ley y al Derecho que a las Administraciones impone el artículo 103.1 de la Constitución, y, sin embargo, está actuando su función esencial de otorgar una «tutela judicial efectiva», lo que no ocurriría en otro caso.

VI

Me permitiré aún una última observación, lateral sin duda, pero estimo que también significativa.

Todavía hay un último Fundamento en el Auto estudiado, el 7.º, en el que dice: «No llega el Tribunal a detectar aún la concurrencia de las circunstancias que harían precisa la exigencia de caución por la parte recurrente». Con esta simple precisión, la Sala está afirmando que no está aplicando aquí el remedio cautelar común del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues este precepto, quizá por un exagerado respeto

(7) La prohibición de invadir ese ámbito de responsabilidad política de la Administración que reserva a ésta la Constitución es el único límite a la actuación del juez contencioso-administrativo, sin que ya puedan jugar en ningún sentido otras prohibiciones históricas concebidas hace dos siglos, en la prehistoria de la justicia administrativa. Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 11, cit., págs. 551 y ss.

al principio posesorio, impone «que el solicitante de dichas medidas *deberá* prestar fianza previa y bastante, a excepción de la personal, para responder de la indemnización por los daños y perjuicios que pudiera causar».

Es evidente que ese respeto al principio posesorio (ya en sí mismo discutible como limitador de la tutela cautelar, lo que es una crítica a la redacción actual del artículo 1428 LEC), no es igualmente invocable como regla en un proceso contencioso-administrativo en el que la Administración ha ejercitado previamente su formidable privilegio de la autotutela creando ella misma, unilateralmente, por tanto, la situación posesoria que el recurso contencioso-administrativo intenta remover. El artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene un valor meramente supletorio en los procesos contencioso-administrativos y las normas supletorias sólo juegan en defecto de normas y principios propios del Derecho Administrativo, como es sabido. El principio aplicado es aquí el constitucional del artículo 24, y, en último extremo, el artículo 124 de la Ley Jurisdiccional, que hace facultativa y no preceptiva la exigencia de una caución, procedente sólo si la medida cautelar fuese susceptible de causar perjuicios —lo que es visto que no es aquí el caso, rotundamente, al menos en una primera apreciación, aunque la Sentencia reserve la cuestión con el término «aun».

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA

