

## I. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

# EL PASO FIRME DADO POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON EN EL DURO *BATALLAR* POR LA TUTELA CAUTELAR: LA APLICACION DE LA TECNICA FRANCESA DEL *RÉFÉRÉ-PROVISION* (\*) (Comentario al Auto de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 26 de febrero de 1998) (\*\*)

Por  
OLGA HERRÁIZ SERRANO  
Area de Derecho Administrativo  
Universidad de Zaragoza

*SUMARIO:* 1. Introducción.—2. Exposición de los antecedentes de hecho que condujeron al proceso principal.—3. La solicitud por el demandante del pago anticipado de una parte de la cantidad adeudada.—4. La contundente decisión del Tribunal pese al laconismo de sus argumentos. Criterios aplicados para la estimación de la medida cautelar.—5. La solución acogida en la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

### 1. INTRODUCCIÓN

Según estadísticas del Consejo General del Poder Judicial, los ciudadanos que en 1997 tuvieron asunto pendiente ante la jurisdicción contencio-

---

(\*) Desde el mismo título de este comentario, es justo rendir homenaje a quien no sólo, según sus propias palabras, *ha participado en una de las luchas por el Derecho más apasionantes de este tiempo*, sino que la ha protagonizado magistralmente. En efecto, por sus múltiples trabajos dedicados al estudio de la justicia cautelar (los más, recogidos en *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Cívitas, Madrid, 1995, 2.ª ed. ampliada), el profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA es considerado el gran cimentador de la doctrina aplicada por las resoluciones jurisprudenciales más progresistas que se han dictado en nuestro país sobre el particular. A pesar de algún reciente intento por oscurecer su magnífica labor —véase T. REQUENA LÓPEZ: *Sobre una tendencia (iuspublicista) minimalista del poder de la Administración*, en «Revista Andaluza de Administración Pública», 32, 1997—, a buen seguro podrá reputársele como uno de los inspiradores de algunas reformas legales que muy recientemente han adquirido carta de naturaleza en nuestro ordenamiento.

(\*\*) Quisiera hacer constar mi agradecimiento a Carlos NAVARRO DEL CACHO, letrado del Ayuntamiento de Zaragoza, por haberme facilitado los antecedentes necesarios sobre el supuesto de hecho que dio origen al Auto que se comenta.

so-administrativa debían estar preparados para soportar un retraso inicial medio de unos 28,6 meses (1). Por si este dato no resultara suficientemente alarmante, debemos reparar en que la ficción de la que partía el estudio mencionado (2) así como el año transcurrido desde su elaboración seguramente habrán agravado la situación, haciendo que el retraso acumulado por este orden jurisdiccional en la actualidad sea realmente algo mayor. Ante semejante panorama y con el convencimiento de que la justicia administrativa española no puede en tales condiciones satisfacer el imperativo constitucional de efectividad, la reforma de la jurisdicción contenciosa se ha convertido en uno de los principales caballos de batalla de los últimos años. En espera de que aquélla tuviese lugar y de cara a aliviar un tanto la situación, la doctrina ha venido insistiendo en la potencialidad ofrecida por las medidas cautelares. Siguiendo al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, éstas constituyen «el único arma disponible contra el bloqueo de la justicia y contra el abuso de la misma por contendientes injustos» al apoyarse en dos principios esenciales, la rapidez y la eficacia (3). Así parecen haberlo entendido también algunos Tribunales, gracias a cuya labor podemos afirmar que los avances habidos en los últimos años en la materia de la justicia provisional se han producido a impulso de resoluciones judiciales (4).

Pues bien, el objetivo del presente comentario es precisamente el de dar cuenta de una de esas decisiones que demuestran que ciertos magistrados han internalizado la existencia de un derecho fundamental a la tutela cautelar (5). Me refiero al Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (sección primera), fechado el 26 de febrero de 1998, por el que se adoptó una medida cautelar consistente en ordenar a la Administración demandada el anticipo de una parte de la cantidad reclamada en el proceso principal. En definitiva, lo que ha

(1) Son datos correspondientes al estudio *La actividad en los juzgados de primera instancia*, publicado en el diario «El País» el 19 de octubre de 1997. Según el CGPJ, los recursos contenciosos pendientes a 1 de enero de 1996 eran 244.173. A lo largo de ese año ingresaron otros 141.232, cifra muy superior a la de los que fueron resueltos, 113.767. La situación, grave por sí, lo es aún más si la cotejamos con la que ofrecen los restantes órdenes jurisdiccionales, en los que el retraso en primera instancia es incomparablemente menor (11 meses en el civil o 5,1 en el social, por ejemplo).

(2) El retraso inicial medio, es decir, el tiempo que tardaría en comenzar la instrucción de cada uno de los asuntos, se calculaba suponiendo que no ingresara ni uno solo más o, lo que es lo mismo, sobre la base hipotética de que no se incrementara la cola de casos pendientes.

(3) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Democracia, jueces y control de la Administración*, Cívitas, Madrid, 1997, 3.ª ed. ampliada, pág. 290.

(4) Cfr. E. CALVO ROJAS: *Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Medidas provisionales y medidas cautelares positivas. Últimos avances en esta materia y algún exceso*, en «REDA», 83, 1994, pág. 476.

(5) Como ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional en las Sentencias 115/1987, de 7 de julio (Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España); 237/1991, de 12 de diciembre (recurso de amparo); 14/1992, de 10 de febrero (art. 1435 Ley de Enjuiciamiento Civil); 238/1992, de 12 de diciembre (Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables), y 148/1993, de 29 de abril (Orden de servicios mínimos con ocasión de la huelga general de 1988), que el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA estudia en *La batalla...*, cit., págs. 294 y ss.

hecho el citado órgano jurisdiccional ha sido aplicar la conocida técnica francesa del *référé-provision* (6), pero, que nos coste, es seguramente la primera vez que esto sucede en nuestra jurisdicción. Solamente una crítica puede oponerse a la resolución judicial que se comenta: la excesiva concisión o parquedad con que la Sala justificó la adopción de esta medida positiva. Es la razón que explica que, con carácter previo al análisis de los argumentos esgrimidos por el Tribunal, hayamos optado por hacer una descripción sucinta de los antecedentes fácticos relativos al caso, todos ellos suficientemente demostrativos de la apariencia de buen derecho del solicitante de la medida. Por lo demás, concluiremos el comentario con una reflexión a propósito de la regulación que la nueva Ley Jurisdiccional, en tramitación al producirse el Auto, hace de la tutela provisional, ya que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón la utilizó como uno de los fundamentos de su decisión. Precisamente por suponer una anticipación del actual marco normativo o, si se quiere, por acoger sin ambages la tesis de la aplicabilidad al proceso contencioso del artículo 1428 LEC, el Auto que motiva estas líneas debe ser recibido con enorme satisfacción.

## 2. EXPOSICIÓN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO QUE CONDUJERON AL PROCESO PRINCIPAL

El Auto que se comenta puso fin a la pieza separada de medidas cautelares formada en el proceso que, en el año 1997, instó la empresa BUSJASA, S.L. contra el Departamento de Ordenación Territorial, Obras Públicas y Transporte de la Diputación General de Aragón. Los hechos que dieron lugar a este recurso contencioso-administrativo se inscriben en el seno de la relación concesional que actualmente media entre la citada empresa y la Dirección General de Carreteras, Transportes y Comunicaciones del Gobierno aragonés, para la prestación del servicio permanente de transporte de viajeros entre los municipios de Torrelapaja y Calatayud (ambos situados en la provincia de Zaragoza). Más en concreto, el acto impugnado por BUSJASA, S.L. fue la denegación de una de las ayudas que, al amparo de lo previsto en una Orden de 13 de junio de 1996 y con fecha 31 de marzo de 1997, acabó otorgando el Consejero de Ordenación Territorial a otras empresas para paliar los déficits de explotación correspondientes al ejercicio económico 1995 (7).

---

(6) Sobre sus características en el país vecino pueden consultarse los trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA: *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»), en núm. 142 de esta REVISTA, 1997, págs. 235 y 236; C. CHINCHILLA: *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Cívitas, Madrid, 1991, págs. 93-99; M. J. SARMIENTO ACOSTA: *Nueva funcionalidad de las medidas cautelares en el contencioso español*, en núm. 129 de esta REVISTA, 1992, pág. 407; así como la abundante bibliografía especializada que estos autores citan.

(7) La Orden citada de 13 de junio de 1996 («BOA» de 1 de julio) contemplaba ayudas al transporte regular permanente de viajeros de uso general, con explotación deficitaria, en desarrollo de lo previsto en el Decreto aragonés 63/1987, de 23 de mayo («BOA» de 5 de junio).

El abogado de la demandante no sólo alegó que el acto denegatorio traía causa de una sucesión de arbitrariedades y, por ende, incurría en desviación de poder, sino que también denunció la falta de cobertura legal de la Orden por la que fueron convocadas las ayudas compensatorias en cuestión, así como el derecho de su defendida a percibir esta subvención a fin de mantener el equilibrio financiero de la concesión. Permítasenos, pues, que, ante el desarrollo posterior de los acontecimientos (adopción de una medida cautelar positiva por el Tribunal de instancia), incidamos brevemente en el porqué de estas alegaciones, habida cuenta que los hechos que las avalaban fueron decisivos para apreciar el «olor de buen derecho» en el incidente procesal correspondiente.

Es forzoso iniciar el relato fáctico refiriendo que BUSJASA, S.L. obtuvo la concesión del citado servicio mediante transferencia del titular anterior el 10 de mayo de 1995. El primitivo concesionario decidió proseguir la explotación a través de una sociedad de carácter familiar, por lo que en el momento presente ostenta la condición de socio de BUSJASA. Pues bien, justamente esta línea de continuidad parece estar en la raíz de la denegación a la empresa de la primera ayuda compensatoria que solicitaba desde que adquiriera la titularidad concesional. En efecto, el que fuera responsable de la prestación del servicio en los años anteriores había mantenido un serio enfrentamiento con la Administración de la Comunidad Autónoma a partir de una fuerte discusión con un funcionario de su Servicio de Transportes. La falta de entendimiento había llegado a tales extremos que el concesionario inicial interpuso cinco recursos contencioso-administrativos, dos de los cuales le fueron estimados en 1994, mientras los demás siguen todavía pendientes de resolución.

La denegación a BUSJASA, S.L. de la ayuda que, por importe de 5.930.625 pesetas, había solicitado para compensar el déficit resultante de la explotación del servicio a lo largo de 1995 se añadía así a la desestimación de cuatro peticiones que, con idéntico objeto, había formulado el primer concesionario respecto a los ejercicios de 1989, 1990, 1993 y 1994. Que la negativa casi sistemática de la Administración al otorgamiento de las ayudas carecía de fundamento jurídico quedó probado, al menos, en los dos casos ya sentenciados (8). Frente a las irregularidades que la Consejería alegaba para negar el derecho a las subvenciones, en ambos procesos se demostró cumplidamente que ni los hechos invocados eran ciertos ni, de haberlo sido, justificaban el sentido de la decisión adoptada. Es más, en el transcurso de los períodos probatorios correspondientes se puso de manifiesto que el funcionario enfrentado con el concesionario había faltado a la verdad a la hora de describir en sus informes el cumplimiento por este último de horarios, itinerarios y demás elementos del servicio.

Por si fuera poco, los dos procesos pendientes por la cuestión de las ayudas compensatorias (las concernientes a los años 1993 y 1994) apuntan

---

(8) Se trata de las Sentencias 75 y 660, de 26 de febrero y 10 de diciembre de 1994, respectivamente, dictadas por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

un idéntico desenlace a la vista de los antecedentes. En relación al ejercicio de 1993, aunque el actor resultó inicialmente excluido del listado de concesionarios beneficiarios, al solicitar la certificación del acto presunto, el Consejero de Ordenación del Territorio optó por concederle la ayuda en un importe ridículo, totalmente alejado del previsto legalmente y sin respetar los criterios que la misma Administración decía haber tomado en consideración para la fijación de las compensaciones a los restantes concesionarios de líneas regulares de transporte de viajeros en Aragón. Igualmente llamativa es la situación que precedió al recurso interpuesto por el socio de BUSJASA, S.L. y titular inicial de la concesión frente a la denegación de la subvención solicitada para el año 1994. Efectivamente, resulta cuanto menos sospechoso que, en la Orden del Departamento que las convocaba (fecha del 13 de junio de 1996), se incluyese *por primera vez* un precepto específico que hacía posible la desestimación de la ayuda en los supuestos en que el solicitante hubiera sido sancionado en firme como autor de una infracción grave o muy grave (9). Circunstancia que, aparentemente, concurría en el caso de este concesionario, como ahora se verá.

Y es que el quinto proceso que nos queda por relatar no tenía por objeto la impugnación de actos denegatorios de ayudas a la explotación del servicio, sino que fue instado contra la sanción pecuniaria impuesta en 1995 al concesionario que precedió a BUSJASA, S.L. Precisamente a raíz de conocerse la primera de las Sentencias que le daba la razón a aquél frente a la Administración autonómica, los Servicios de la Inspección del Transporte de la Comunidad desplegaron una actividad inusual sobre el concesionario de la línea regular entre Torrelapaja y Calatayud. Tras someterlo a un régimen de intensa, casi diaria, inspección durante varios meses, en diciembre de 1994 le abrieron expediente sancionador por utilizar esporádicamente un vehículo desprovisto de la tarjeta habilitante para el transporte discrecional. Confirmado en vía de recurso, el acto sancionatorio parece, sin embargo, incurrir en tantas y tan burdas infracciones del ordenamiento jurídico que no debiera haber sido un obstáculo para la concesión de la subvención correspondiente al año 1994, ni tampoco para negársela al ejercicio siguiente a la sucesora en la detentación del título (BUSJASA, S.L.).

Aunque la impugnación de la sanción sea objeto de un proceso diverso al que aquí se comenta, a instancia de un recurrente también distinto, permítasenos enunciar siquiera algunos de los vicios en que aquélla incurría y que, sin duda, han contribuido a modelar el *aparente buen derecho* sosteni-

---

(9) De acuerdo con su artículo Cuarto-4: «La existencia de resolución firme en vía administrativa que sancione al solicitante o beneficiario por infracción administrativa grave o muy grave derivada del incumplimiento de las condiciones concesionales durante 1994, 1995 ó 1996, o la omisión o falseamiento de los datos a presentar, podrá conllevar la desestimación de la solicitud o, en su caso, la revocación del otorgamiento y el reintegro de cantidades percibidas.» Obsérvese, sin embargo, que la privación del derecho era una posibilidad y no una consecuencia obligada, para lo que estimamos decisivo el juicio que, previa audiencia del interesado, pudiera formarse el órgano administrativo competente sobre la trascendencia de la infracción cometida.

do por BUSJASA, S.L. en el pleito que nos interesa. En primer lugar, el expediente fue incoado y resuelto por el mismo órgano, casualmente el funcionario que, tras un fuerte altercado con el concesionario, venía informando negativamente todas sus solicitudes de ayudas compensatorias. En segundo término, la sanción fue impuesta por órgano distinto del que ostentaba legalmente la competencia, cuando ni la potestad actuada es delegable ni había existido desconcentración (10). Además, pudieron resultar infringidos los principios de tipicidad (11), culpabilidad (12) y proporcionalidad (13), así como inobservarse algunos de los trámites del procedimiento sancionador (14). Finalmente y a mayor abundamiento, la Administración había dejado transcurrir más de seis meses desde la iniciación del expediente antes de dictar resolución, lo que constituía causa para declararlo caducado (15).

Estos son, en resumen, todos los hechos que precedieron a la denegación de la ayuda compensatoria a la empresa BUSJASA, S.L. en 1997. Suponiendo la legalidad de la Orden de 13 de junio de 1996 que reguló las condiciones para el otorgamiento de las subvenciones, aquella sociedad no podía ser privada de su percepción por razón de la comisión de una falta grave o muy grave. A lo sumo, si el Tribunal Superior de Justicia acabara confirmando la legalidad de la sanción impuesta en 1995, el responsable de la infracción oportuna sería el titular anterior de la concesión, pero en ningún caso la empresa familiar que le sucedió al frente de la explotación del servicio. Además, tampoco procedía la argumentación del funcionario que informó la solicitud de BUSJASA, S.L. según la cual sólo el primitivo concesionario tenía legitimación para pedir la ayuda concerniente al año 1995, aunque, sin embargo, se le habría denegado *ipso facto* por la circunstancia de hallarse sancionado. Como se ve, hay motivos más que fundados

---

(10) La sanción fue impuesta por la Jefatura de la División de Transportes y no por la Jefatura del Servicio Provincial de Carreteras de Zaragoza, a quien correspondía la competencia según los artículos 2.1 de la Ley aragonesa 3/1993, de 15 de marzo, y 6.5 del Decreto autonómico 93/1982, de 26 de octubre.

(11) El órgano instructor había asignado dos tipos diferenciados a la conducta del concesionario, los contemplados en los números 4 y 5 del artículo 200.2 en relación con el 198.c) del Reglamento de desarrollo de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (RTT). Sin embargo, la resolución definitiva no expresó cuál de ellos había resultado estimado y en qué medida, lo que, además de constituir una vulneración del principio de tipicidad (arts. 25.1 CE y 129 Ley 30/1992), generaba indefensión al inculpado y quebrantaba su derecho a ser informado de la acusación (arts. 24.2 CE y 135 Ley 30/1992).

(12) La conducta del administrado parecía tener su causa en elementos ajenos a la esfera de su voluntad, lo que impediría la exigencia de responsabilidad (art. 130.1 Ley 30/1992).

(13) No en vano se impuso al administrado la máxima sanción posible sin tomar en consideración los criterios de proporcionalidad recogidos en los artículos 143 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), 201 RTT y 131.3 Ley 30/1992.

(14) Entre otros, la emisión irregular del informe preceptivo impuesto por el artículo 4.8 del citado Decreto aragonés 93/1982. Aunque le correspondía formularlo al Director General de Transportes, en el supuesto que nos ocupa lo emitió el Jefe de la División de Transportes.

(15) De acuerdo con el juego de los artículos 20.6 del RD 1398/1993, de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, y 43.4 de la Ley 30/1992.

para sospechar con el abogado de la actual concesionaria que la Administración autonómica no perseguía el fin previsto en estos casos por el ordenamiento, sino que pretendía continuar un enfrentamiento particular que se prolongaba desde hacía varios años. Aunque, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la desviación de poder no puede fundarse en meras suspicacias o en vagas interpretaciones, creemos que el relato fáctico que antecede bastaría para llevar al convencimiento de cualquier Tribunal que el acto del Consejero de Ordenación Territorial desestimatorio de la ayuda solicitada por BUSJASA, S.L. se alejaba de manera clara del fin fijado por el ordenamiento jurídico, aun bajo la apariencia de legalidad. No puede extrañar por tanto que, acompañando esta alegación de otras dos formuladas a mayor abundamiento (16), el asistente legal de la concesionaria de la línea regular de transporte de viajeros por carretera entre Torrelapaja y Calatayud suplicase a la Sala una medida cautelar positiva, consistente en el pago parcial de la compensación solicitada a la Administración autonómica.

### 3. LA SOLICITUD POR EL DEMANDANTE DEL PAGO ANTICIPADO DE UNA PARTE DE LA CANTIDAD ADEUDADA

Frente a la extraordinaria brevedad y concisión que, como se verá, caracteriza el Auto de 26 de febrero de 1998 que comentamos, el escrito de demanda formalizado por el abogado de BUSJASA, S.L. contra la Administración autonómica aragonesa era todo un alarde de conocimientos sobre la evolución de la justicia cautelar en nuestro país. Haciéndose eco de la jurisprudencia constitucional más avanzada, así como de algunas de las más importantes resoluciones jurisprudenciales de nuestros Tribunales —cita Autos del Tribunal Supremo y del TSJ del País Vasco (17)— o del

(16) En concreto, se denunciaba la falta de cobertura legal de una previsión como la contenida en el artículo Cuarto-4 de la Orden citada (transcrito *supra*), en virtud del cual se permitía desestimar la solicitud de ayuda en caso de que el hipotético beneficiario contase con antecedentes por la comisión de faltas graves o muy graves. En segundo lugar, se argumentaba el derecho de la actora a la subvención tanto en razón de las cargas específicas impuestas a la explotación empresarial del servicio por la Administración concedente (precios políticos básicamente) como por la necesidad de mantener el equilibrio financiero de la concesión. Todo ello con apoyos jurídicos que el abogado de la demandante creía encontrar en la LOTT (arts. 17.2, 18, 19.4, 69.2, 75.3 y 79.3), en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (arts. 163 y 166) y en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales —arts. 115.7, 117.3, 122.3, 126.2.b), 128.2.2.º y 129.2.—.

(17) En concreto, cita los Autos del TSJ del País Vasco de 21 marzo 1991 y 14 octubre 1991 (ambos comentados por GARCÍA DE ENTERRÍA: *La batalla...*, cit., págs. 223 y ss., 255 y ss.), así como del Tribunal Supremo de 17 marzo 1990 (Ar. 3405), 20 marzo 1990 (Ar. 1944), 20 diciembre 1990 (Ar. 10412), 17 enero 1991 (Ar. 503), 11 mayo 1993 (Ar. 3521), 2 noviembre 1993 (Ar. 8768) y 15 marzo 1996 (2145). Puede verse también la relación de los proporcionados y estudiados por C. CHINCHILLA: *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, en núm. 131 de esta REVISTA, 1993, págs. 172 y ss.

propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (18), el letrado en cuestión defendía la concurrencia en el caso presente de los tres requisitos que han sido individualizados como determinantes de la adopción de medidas cautelares (19). No pasaba por alto tampoco la admisión normalizada de éstas en dos de los ordenamientos más próximos al nuestro, como el francés o el italiano (20), y, en definitiva, que existe un precepto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (el 1428) cuya aplicación supletoria al proceso contencioso, autorizada entonces por la Disposición Adicional 6.ª LJ de 1956, permitía fundar razonablemente una decisión provisional como la pretendida. Podríamos resumir la tesis patrocinada con el siguiente párrafo de la demanda:

«aunque exista, pues, un decantado posicionamiento de los Tribunales poco favorable en relación a la adopción de medidas cautelares de carácter positivo, existen también algunas decisiones judiciales elogiadas doctrinalmente que resuelven decididamente la medida en función de la naturaleza de los asuntos tramitados. Tales decisiones, si se quiere, podrán calificarse de excepciones, pero hallan engarce y apoyatura en nuestro marco normativo y, singularmente, en los contenidos de nuestra jurisprudencia constitucional, sintonizando así con los ordenamientos europeos más próximos al nuestro y con la jurisprudencia comunitaria más reciente. Y nosotros pretendemos que el presente caso sea otra excepción más (si así se quiere llamar) a la regla general, en el entendimiento de que procede aplicar la medida solicitada y que (previa prestación de la caución que se estime pertinente por parte del recurrente) puede hacerse efectiva, evitando el mayor mal que para el administrado y *para el conjunto de los intereses en juego* implica el esperar a la obtención de la sentencia judicial con el detrimento de la economía y del adecuado y correcto funcionamiento de la concesión que ello comporta» (la cursiva es del original).

(18) En particular, la demanda se explaya sobre la doctrina sentada por este Tribunal en el Auto de 29 de enero de 1997, debido a que, como entre nosotros ha estudiado GARCÍA DE ENTERRÍA, en él se hacía una magistral aplicación del principio de «libre configuración de las medidas cautelares», admitiéndose para el caso sometido a consideración la de ordenar el pago inmediato del total o una parte de la cantidad reclamada en el juicio principal. Cfr. el trabajo del autor *Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado...*, cit., *in totum*.

(19) Daño irreparable, apariencia de buen derecho e interés público, como sintetiza C. CHINCHILLA: *El derecho a la tutela cautelar...*, cit., pág. 171.

(20) Según han demostrado los estudios de GARCÍA DE ENTERRÍA: *La batalla...*, cit., págs. 275-290; T. QUINTANA LÓPEZ: *Las medidas cautelares en el proceso administrativo italiano*, en «REDA», 64, 1989, págs. 536 y ss.; C. CHINCHILLA: *La tutela cautelar...*, cit., págs. 65-132, y SARMIENTO ACOSTA: *Nueva funcionalidad...*, cit., págs. 404-408. Idéntico juicio favorable es el que puede hacerse sobre la tutela provisional dispensada por los Tribunales en otro país europeo, Alemania, como nos ilustra M. BACIGALUPO: *El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991*, en núm. 128 de esta REVISTA, 1992, especialmente págs. 443 y ss.



La medida solicitada a la Sala enjuiciadora era el pago de la cantidad de 3.500.000 pesetas a cuenta de la compensación económica que el Departamento de Ordenación Territorial del Gobierno aragonés le adeudaba a la sociedad concesionaria por los déficits de explotación correspondientes al ejercicio económico de 1995. Que existía una clara apariencia de buen derecho a favor de BUSJASA, S.L. en el pleito dirigido contra la desestimación de la ayuda ha quedado suficientemente demostrado con el relato de los hechos que precedieron al acto denegatorio fechado el 31 de marzo de 1997. Pero a este requisito, expresado con el adagio latino del *fumus boni iuris*, el abogado de la demandante sostenía que debían añadirse otros dos: que existiese el peligro de que la espera inactiva a que el Tribunal dictase sentencia pudiese derivar en un perjuicio serio e irreparable para la concesionaria del servicio público (*periculum in mora*) (21), así como que la gravedad de las consecuencias que conllevaría denegar la medida si después resultaba estimado el recurso principal fuese reputada superior a la gravedad que tendría un otorgamiento de la medida cautelar en el caso de ser desestimado posteriormente dicho recurso (doctrina de la ponderación de los intereses en litigio) (22).

Comenzando por el examen del primero de los dos requisitos apuntados, la carga de la prueba acerca de la probabilidad de un serio perjuicio recae, lógicamente, sobre el solicitante de la medida cautelar (23). Al efecto, el letrado competente destacó lo sumamente gravoso que sería para BUSJASA, S.L. tener que afrontar la explotación concesional sin haber recibido compensación por el déficit obtenido en 1995, en la medida en que esta circunstancia venía a añadirse a la privación de ayudas durante dos ejercicios consecutivos (1993 y 1994) de que había sido objeto el anterior responsable de la explotación. En tal sentido, la ayuda objeto de reclamación se tornaba *precisa e imprescindible* para seguir manteniendo la concesión y condicionaba la continuidad del servicio en el futuro inmediato. Enlazando con el último requisito («equilibrio de intereses»), el interés público llamado a prevalecer en el caso de autos no era el hipotéticamente defendido con su resolución por la Administración demandada, sino el de los usuarios de la línea regular de transporte por carretera entre Torrelapaja y Calatayud a la mejor y más adecuada prestación del servicio, para lo que aparecía como necesaria la pronta concesión de la ayuda compensato-

(21) Recuérdese que el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (cfr. *La batalla...*, cit., pág. 121) ha probado suficientemente la existencia de un principio general del Derecho según el cual «la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón». Contra su postura, mayoritariamente suscrita por cierto, se alza ahora la opinión de REQUENA LÓPEZ: *Sobre una tendencia...*, cit., pág. 30, quien asegura que el citado principio no alcanza a ser sino «una máxima».

(22) Véase al respecto M. BACIGALUPO SAGESSE y J. A. FUENTETAJA PASTOR: «*Fumus boni iuris, periculum in mora*» y *equilibrio de intereses como presupuestos de la tutela cautelar comunitaria*, en «REDA», 94, 1997, pág. 303. Sobre las discrepancias doctrinales respecto a la necesidad de que concurren precisamente los tres requisitos se insiste un poco más adelante.

(23) Nos remitimos de nuevo a BACIGALUPO y FUENTETAJA: «*Fumus boni iuris...*», cit., pág. 302.

ria, sin perjuicio de que, si a lo largo del proceso o a su terminación resultase probada la improcedencia de la subvención, el anticipo percibido fuese reembolsado a la Comunidad Autónoma. En resumen, la argumentación del letrado de BUSJASA, S.L. se dirigía a

«mostrar y poner de relieve ante la Sala que el sopesar debidamente tales tres factores [a saber, el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y la ponderación de intereses en juego] conduce a estimar la petición de tutela cautelar interesada».

No obstante, evacuado en esos términos el trámite de formalización de demanda el 31 de julio de 1997, y aguardando la decisión del Tribunal que resolviera la pieza separada de medidas cautelares, el representante de los intereses de BUSJASA, S.L. intentó todavía un último alegato con la esperanza de llevar

«el ánimo y el criterio de la Sala al convencimiento de la ilegalidad de la actuación administrativa o, al menos, a la duda razonable sobre la legalidad».

En concreto, aportaba fotocopia del entonces proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, subrayando que tanto su Exposición de Motivos como los preceptos sustantivos atinentes al caso acogían la posibilidad de adoptar cuantas medidas cautelares *aseguren la efectividad de la Sentencia* (24). Argumento para nada baladí y que terminaría acogiendo el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, como pasamos a ver a continuación.

#### 4. LA CONTUNDENTE DECISIÓN DEL TRIBUNAL PESE AL LACONISMO DE SUS ARGUMENTOS. CRITERIOS APLICADOS PARA LA ESTIMACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR

Es curioso y un tanto decepcionante que una decisión tan novedosa en la jurisprudencia contenciosa de nuestro país, como la que adoptó el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en respuesta a la solicitud de medidas cautelares en el pleito instado por BUSJASA, S.L., se explicitase en apenas folio y medio y se justificase con media docena de frases distribuidas en tres escuetos, casi telegráficos, fundamentos jurídicos. Cualquiera esperaría que una resolución de semejante calado (seguramente una de las primeras aplicaciones en nuestro contencioso de la técnica francesa del *référé-provision*) (25) fuese precedida de la exposición de la doctrina general so-

---

(24) Este escrito, complementario de algún modo al de formalización de la demanda, llevaba fecha de 10 de noviembre de 1997.

(25) El mismo GARCÍA DE ENTERRÍA (cfr. *Hacia una medida cautelar ordinaria de pago...*, cit., pág. 238) confesaba hace escasos meses no conocer que se hubiera otorgado aún ninguna provisión anticipada de pago de deudas.

bre medidas cautelares que el Tribunal manejaba y, en consecuencia, estaba trasladando al caso enjuiciado. Sin embargo, nada de esto sucede en el Auto de 26 de febrero de 1998 dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Su gratamente sorprendente acuerdo de estimar la medida cautelar solicitada, elevando incluso el importe pedido por la demandante hasta los 4.000.000 de pesetas, no se acompaña de una verificación detallada de la concurrencia de los requisitos sobre los que la actora había abundado con profusión. De ahí que hayamos insistido tanto en los datos proporcionados por el escrito de demanda para tratar de clarificar los argumentos conforme a los cuales el Tribunal pergeñó su decisión.

Podemos inferir que la Sala enjuiciadora acogió expresamente dos de los tres criterios que viene utilizando la doctrina para fundamentar el otorgamiento de medidas cautelares: el *fumus boni iuris* y la ponderación de los intereses en litigio. Como expresa el Fundamento Jurídico segundo del Auto citado,

«tratándose de supuestos de impago por la Administración de obligaciones pecuniarias recurridas o derivadas de un título exigible e incontrovertido, la apariencia de buen derecho en quien reclama o solicita la medida es fundamental, petición frente a la que la Administración difícilmente puede alegar graves e irreparables perjuicios económicos tratándose, como se trata, de obligaciones de contenido económico recurridas legal o reglamentariamente o dimanantes de un título público o administrativo otorgado por la propia Administración».

El denunciado laconismo del Auto impide que sepamos si la exclusión de la consideración del *periculum in mora* obedeció a una toma de postura en favor de la tesis que sostiene que es suficiente con la concurrencia de un «humo de buen derecho» para adoptar las medidas provisionales que sean reputadas necesarias (26). Parece lógico estimar que así fue pues, ha-

---

(26) Es un hecho cierto que no existe consenso respecto a cuál de los tres criterios enunciados (*fumus boni iuris*, *periculum in mora* o ponderación de los intereses enfrentados) debe ser considerado determinante del otorgamiento de tutela provisional. Para un cierto sector, encabezado por GARCÍA DE ENTERRÍA, el acento recae sin duda en la apariencia de buen derecho. Así lo afirma, por ejemplo, en su trabajo *Sobre la posibilidad de que las jurisdicciones nacionales adopten medidas cautelares positivas (y no sólo suspensiones) contra los actos de sus Administraciones respectivas dictados en ejecución de Reglamentos comunitarios cuya validez se cuestiona* (Sentencia Atlanta del Tribunal de Justicia, de 9 de noviembre de 1995), en «REDA», 88, 1995, pág. 576, nota 13, donde sostiene que, dada la duración exorbitante de los procesos, será raro el supuesto en que no pueda hablarse de frustración de los efectos prácticos de la Sentencia final. A su juicio, si habida cuenta el retraso en la administración de justicia siempre pelagra la efectividad de lo que eventualmente pudiera decidirse en la Sentencia, «la apreciación *prima facie* del abuso o de la falta de seriedad de la oposición al recurso debe pasar en la práctica a ser especialmente determinante de la oportunidad de una protección cautelar». De idéntica opinión son otros autores, tales como J. SUAY RINCÓN: *La suspensión de la expropiación: El «fumus boni iuris» como criterio determinante para la adopción de una medida cautelar*, en «REALA», 251,

biendo insistido el demandante en que una eventual negación del anticipo de la ayuda compensatoria podría hacerle económicamente insoportable la explotación del servicio en espera de la Sentencia final, el Tribunal optó por no responder a esta alegación. ¿Estaba dando por hecho que el peligro de pérdida de efectividad del pronunciamiento sobre el fondo es siempre real dado el retraso acumulado en los procesos contencioso-administrativos, o simplemente creyó innecesario entrar en el examen de la concurrencia de tal requisito ante la evidencia de la falta de seriedad en la oposición al recurso por parte de la Administración autonómica? No hubiera estado de más un pronunciamiento sobre el particular, máxime si tenemos en cuenta que el artículo 130.1 de la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción contenciosa, idéntico en su versión definitiva a la que manejó y citó el Tribunal, contempla expresamente la exigencia de un *periculum in mora* (27).

En cambio y contra el parecer de cierta doctrina, sí se procedió a la ponderación de los intereses públicos y privados que pugnaban en este supuesto, como el Fundamento Jurídico transcrito pone de manifiesto (28).

---

1991, pág. 670; J. RODRÍGUEZ ARANA: *Suspensión del acto y medidas cautelares*, en «Poder Judicial», 21, 1991, pág. 148; SARMIENTO ACOSTA: *Nueva funcionalidad...*, cit., pág. 393, o 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*, en núm. 145 de esta REVISTA, 1998, pág. 170.

Frente a todos ellos, una segunda corriente doctrinal representa, por ejemplo, C. CHINCHILLA, quien asegura que la *base determinante de las medidas cautelares* es el denominado *periculum in mora*. Según expone en *El derecho a la tutela cautelar...*, cit., pág. 173, «es difícil sostener que existe un derecho fundamental a la tutela cautelar por el solo hecho de tener aparentemente razón. Sin embargo, creo que es necesario reconocerle la condición de derecho fundamental al derecho que consiste en obtener una medida provisional para evitar que el tiempo que dura el proceso cause un daño de difícil o imposible reparación a quien acude a él para determinar si realmente tiene o no razón». En la misma línea se inscribe también el parecer de E. CALVO ROJAS: *Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo...*, cit., pág. 475.

Todavía podría advertirse una tercera corriente de opinión (claramente identificable en M. BACIGALUPO y J. A. FUENTETAJA: «*Fumus boni iuris...*», cit., págs. 305 y 306), para la que es la ponderación de intereses, el criterio que lleva camino de convertirse en decisivo del otorgamiento de tutela cautelar. En particular, haciendo sus reflexiones sobre la justicia comunitaria, afirman que aquél llega a «predeterminar la verificación de los otros dos requisitos que, en teoría, le preceden en el esquema de análisis habitual», siendo perfectamente factible «la desestimación de una pretensión de protección cautelar aunque concurren en el caso el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*». Analizando el Auto del TJCE de 12 de julio de 1996 y el del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 13 de julio de ese mismo año, recaídos en el famoso asunto de la «enfermedad de las vacas locas», BACIGALUPO y FUENTETAJA apuntan hacia una «afirmación sustantiva del requisito del equilibrio de intereses como requisito autónomo de la tutela cautelar», dando por hecho que «ha dejado de ser la cara oculta del *periculum in mora* con la que se topaba el demandante de medidas cautelares después de haber demostrado el perjuicio grave e irreparable que iba a sufrir».

(27) De acuerdo con este precepto, «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».

(28) Además del ya aludido, se observa un segundo matiz diferenciador entre las tesis de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y C. CHINCHILLA. Mientras el primero niega que para la adopción de medidas cautelares deba tener entrada la ponderación del interés público reputando bastante la «aparición de buen derecho» del solicitante (vid. *La batalla...*, cit., págs. 214 y

Dando la vuelta al argumento en que tan frecuentemente se ha escudado la Administración para denegar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo (a saber, que no constituyen perjuicios de imposible reparación los susceptibles de resarcimiento económico), el Tribunal Superior de Justicia de Aragón observa que los órganos de esta Comunidad difícilmente podían oponer que el adelanto de una parte de la cantidad adeudada causaría un quebranto irreparable a los intereses públicos. Como ya apuntaba el abogado de la demandante, ello no obstaba para que, si a lo largo del proceso se advertía la improcedencia de la ayuda, pudiera exigirse el reembolso del anticipo, a cuyo efecto la Sala impuso a BUSJASA, S.L. la prestación de fianza suficiente (29). Nótese también que el Tribunal tomó en consideración el origen de la obligación económica que la Administración alegaba poder desconocer: nada más y nada menos que una concesión de servicio público que ella misma había otorgado, cuya transferencia al actual titular había autorizado expresamente y para cuyo mantenimiento en condiciones de equilibrio financiero se hacía precisa alguna suerte de ayuda. La Administración no podía pretender desentenderse del servicio so pretexto de su gestión indirecta y, aunque el Tribunal no lo dijo, era justamente la continuidad de éste la que peligraba en el caso de denegarse el anticipo de la compensación reclamada. Ante esa situación, la Sala concluyó que

«los retrasos injustificados en el pago, configurando un abuso del proceso y de la autotutela (art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), deben corregirse con la adopción de una medida cautelar similar al *référé-provision* francés» (30).

---

ss.), CHINCHILLA estima que la tutela provisional debe proteger también los intereses generales a que sirve el acto administrativo impugnado y, en consecuencia, admite que haya supuestos (escasos, reconoce) en los que, por exigencias del interés general, sea necesario denegar una medida cautelar a pesar de que concurran el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* (cfr. *La tutela cautelar...*, cit., págs. 184-186).

Junto a GARCÍA DE ENTERRÍA, otro autor que se ha manifestado contrario a la aplicación del criterio de la ponderación de intereses es A. CALONGE VÁZQUEZ: *Primera decisión jurisprudencial sobre medidas cautelares provisionales. Un paso más en la crisis de la ejecutividad de los actos administrativos*, en «Poder Judicial», 33, 1994, pág. 474. A su juicio, por la subjetividad que encierra el requisito mencionado, se adecúa escasamente «a un Estado de Derecho que debe basarse para adoptar sus decisiones, predominantemente, en reglas objetivas».

(29) Con palabras que toma de la doctrina italiana, C. CHINCHILLA define la fianza como *cautela de la cautela* o *contra-cautela*, pues, con el mismo carácter provisional que tiene la medida cautelar a la que acompaña, asegura preventivamente la realización del hipotético derecho al resarcimiento de daños que encontrará su título en la Sentencia que, de nuevo eventualmente, revoque por improcedente aquella medida cautelar. Cfr. el trabajo de la autora *La tutela cautelar...*, cit., págs. 48 y ss.

(30) De la necesidad de atajar precisamente *el abuso de los procesos* hablaba ya GARCÍA DE ENTERRÍA en 1990. Cfr. *La lucha contra el abuso de los procesos: juicios provisionales y medidas cautelares*, en «Poder Judicial», 20, 1990, luego recogido en las págs. 335 y ss. de *La batalla...*, cit. El mismo autor abogaba precisamente por la utilización con esa finalidad de la técnica que aplicó en nuestro caso el TSJ de Aragón. Lo hacía en su trabajo *Hacia una medida cautelar...*, cit., pág. 242, con las siguientes palabras: «Propugno, pues, resueltamente, la adopción en nuestro contencioso-administrativo del sistema del

Ahora bien, junto a la apariencia de buen derecho de la recurrente, fundada aquí en

«la existencia de dos sentencias judiciales firmes, dictadas por esta Sala (S. 575/94 y S. 660/94) respecto a los ejercicios anteriores (años 1989 y 1990 respectivamente), que recurrió la misma parte recurrente, concesionario del servicio regular permanente de viajeros, de uso general entre Torrelapaja y Calatayud (Zaragoza) la misma subvención, variación del año aparte, que ahora reclama aquí (ayudas compensatorias del déficit de la explotación previstas por la Ley y otorgadas para el transporte por carretera)» (31),

resultó claramente determinante del sentido de la decisión judicial la proximidad de una reforma legal, la que apenas cinco meses más tarde ha conducido a la aprobación de una nueva Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, que con toda probabilidad iba a dar cobertura a una medida como la finalmente adoptada. Efectivamente, el Fundamento Jurídico primero del Auto de 26 de febrero de 1998 sostenía lo siguiente:

«Las medidas cautelares *positivas*, manifestaciones jurisprudenciales de la aplicación de la tutela cautelar apoyada hoy en el artículo 1428 de la LEC por remisión de la Disposición Adicional Sexta de la LJ, medidas atípicas e innominadas que llevan camino de ser *típicas* (legalmente hablando) con su inclusión en el proyecto de reforma de la LJ abarcan, en definitiva, la imposición de obligaciones provisionales de signo *positivo* (dar o hacer) o *negativo* (la abstención de la adopción de una conducta o actividad).»

Como puede verse, el Tribunal, que aplica el artículo 1428 LEC, acude al que había de ser en breve nuevo marco normativo en la materia en busca de una mayor legitimidad para su decisión. Aunque el precepto citado de la Ley de Enjuiciamiento Civil justificaba por sí la adopción de una medida cautelar como la que nos ocupa, cabe albergar la duda de si el Tribunal Superior de Justicia de Aragón se hubiera atrevido a pronunciarse en los mismos términos de ser otra la regulación de la tutela provisional que contenía el entonces proyecto en tramitación de la Ley Jurisdiccional. Bueno será, pues, que analicemos con brevedad su contenido y alcance (casi idéntico en el texto que el Congreso aprobó definitivamente), habida cuenta que contribuirá a zanjar los debates que se habían suscitado sobre la po-

---

anticipo cautelar del pago de las deudas de la Administración cuando la situación de impago resulta injustificada o abusiva.»

(31) La redacción, gramaticalmente defectuosa, corresponde al Fundamento Jurídico tercero del Auto que se comenta.

sibilidad de una decisión como la adoptada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón mediante el Auto de 26 de febrero de 1998 (32).

##### 5. LA SOLUCIÓN ACOGIDA EN LA LEY 29/1998, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Toda la doctrina era consciente desde el primer momento de que el aliento proporcionado a los Tribunales para superar la parca dicción del artículo 122.2 LJ de 1956 era una mera solución de urgencia ante los graves problemas por los que atraviesa la justicia administrativa en España (33). Nadie ha puesto en duda que la adopción de un sistema abierto de medidas cautelares es una más de las muchas piezas que deben confluir para lograr la adecuación definitiva de nuestro contencioso a las exigencias derivadas de la Constitución de 1978 (34). Por esta razón, e independiente-

(32) Frente a la tesis que, con GARCÍA DE ENTERRÍA a la cabeza, había venido sosteniendo la aplicación supletoria del artículo 1428 LEC para permitir la adopción en el proceso contencioso-administrativo de cuantas medidas cautelares, distintas de la suspensión, fueran necesarias al fin de garantizar la efectividad de la Sentencia final (cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La batalla...*, cit., pág. 232, y asimismo J. SUAY RINCÓN: *Una resolución novedosa en materia de medidas cautelares: el Auto del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1984*, en «REDA», 50, 1986, pág. 268; C. CHINCHILLA: *La tutela cautelar...*, cit., pág. 180; SARMIENTO ACOSTA: *Nueva funcionalidad...*, cit., pág. 402, y J. OLIVÁN DEL CACHO: *La adopción de medidas provisionalísimas frente a un acto de la Confederación Hidrográfica del Ebro*, en «Revista Aragonesa de Administración Pública», 9, 1996, pág. 424), otros autores negaban tal posibilidad. Es el caso de F. SANZ GANDASEGUI: *¿Medidas provisionalísimas en el proceso contencioso-administrativo?*, en núm. 138 de esta REVISTA, 1995, págs. 198-200, para el que «acudir a la supletoriedad de la LEC supone afirmar la existencia de laguna en la Ley Procesal Contenciosa, [lo que] no ocurre en esta materia porque el legislador ha querido configurar las medidas cautelares de un determinado modo en el proceso contencioso-administrativo (...) [con] unas características propias que las diferencian del proceso civil». Razones parecidas oponía REQUENA LÓPEZ: *Sobre una tendencia...*, cit., págs. 36 y 37, quien argüía que ni existía laguna alguna que llenar en la regulación que hacía la LJ de 1956 de la tutela cautelar ni, de haberla habido, hubiera podido aplicarse el artículo 1428 LEC pues, en su opinión, tal precepto se refiere a las relaciones entre particulares y «no al supuesto de ejercicio de potestades públicas», además de que requiere «se presente en juicio un principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas».

(33) En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA (cfr. *La batalla...*, cit., págs. 213 y 214), «el único instrumento hábil para hacer efectiva la justicia en una situación de este carácter, que puede proyectar hacia un futuro virtualmente ilimitado la solución definitiva de los procesos, el único instrumento hábil es éste de la justicia provisional que las medidas cautelares hacen posible».

(34) Han sido muchas las voces que venían propugnando la conveniencia de modificar la regulación de la tutela provisional en este proceso. A título meramente ejemplificativo, pueden verse los trabajos de L. PAREJO ALFONSO: *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo*, en «REDA», 49, 1986, pág. 23; SUAY RINCÓN: *Una resolución novedosa...*, cit., pág. 268; SARMIENTO ACOSTA: *Nueva funcionalidad...*, cit., pág. 387, o CALONGE VÁZQUEZ: *Primera medida cautelar «provisionalísima...»*, cit., pág. 124. Igualmente, entre las «Conclusiones del Seminario de la Magdalena sobre la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativo», sus directores (los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, MARTÍN REBOLLO y BOCANEGRA SIERRA) incluían la siguiente aseveración: «resulta imprescindible robustecer los poderes del Tribunal en materia de medidas cautelares contra la Administración, que deben comprender tanto la suspensión de actos administrativos y reglamentos como medidas positivas y de hacer, incluyendo decisiones o regulaciones provisionales...» (cfr. núm. 141 de esta REVISTA, 1996, pág. 431, conclusión núm. 13).

mente de que suscribamos la tesis de que nuestro ordenamiento ofrecía ya sobrados apoyos para posibilitar la adopción de cuantas medidas cautelares fuesen necesarias a fin de asegurar la efectividad de la Sentencia final (35), la configuración de la justicia provisional en la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa lleva visos de convertirse en un tema estrella (36) y ha suscitado una gran expectación (37). En tal sentido, bueno será comenzar felicitándonos de que el texto que las Cortes aprobaron el pasado mes de julio presente, en este punto, modificaciones de alcance respecto al proyecto anterior de 1995 (38). Parece evidente que nada tiene que ver la dicción del artículo 129.1 de la Ley 29/1998 con la más restrictiva del 133.1 que figuraba en el proyecto decaído (39). Así, de acuerdo con el primero:

«Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia»,

lo que viene a confirmar la tesis a que indefectiblemente aboca una interpretación certera del derecho a la tutela judicial efectiva, esto es, que los Tribunales contencioso-administrativos pueden (e incluso deben) adoptar cualquier medida cautelar reputada necesaria, comprendidas las de carácter positivo (40).

---

(35) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La batalla...*, *ibidem*, págs. 217 y ss., donde el autor rechaza la tesis del activismo judicial para explicar las resoluciones jurisprudenciales más progresistas en esta materia.

(36) Así lo calificaba ya hace unos años CALONGE VÁZQUEZ: *Primera medida cautelar provisionalísima en materia de disciplina deportiva: ¿Fin de la ejecutividad de las sanciones deportivas?*, en «Revista Española de Derecho Deportivo», 5, 1995, pág. 117.

(37) Baste recordar al respecto el debate mantenido entre E. GARCÍA DE ENTERRÍA, por un lado, y J. LEGUINA, M. SÁNCHEZ MORÓN y L. ORTEGA, por otro (estos últimos en su condición de coautores del proyecto caducado), a través de las páginas de la revista «Otrosí» (cfr. números correspondientes a diciembre de 1995 y abril y junio de 1996).

(38) Publicado en el «BOCG-Congreso», Serie A, núm. 133-1, de 30 de septiembre de 1995, regulaba la materia en el capítulo V del Título IV, bajo las secciones 2.<sup>a</sup> («Suspensión de la vigencia de la disposición o de la ejecución del acto objeto de recurso») y 3.<sup>a</sup> («Otras medidas cautelares»).

(39) El artículo 133.1 del proyecto remitido a las Cortes en 1995 decía así: «En casos de urgencia, inactividad o vía de hecho de la Administración en que resulte afectada la integridad de bienes o derechos, el Juez o Tribunal podrá adoptar también las medidas provisionales solicitadas que sean indispensables y adecuadas para preservar aquéllos y asegurar la efectividad de la sentencia que, en su caso, ponga fin al recurso.» Es por todos conocida la contundente crítica formulada al mismo por GARCÍA DE ENTERRÍA: *Democracia...*, cit., págs. 284-293, para quien la regulación de las medidas cautelares que hacía el citado proyecto era de un conservadurismo tan riguroso que rayaba en lo reaccionario. Recientemente, R. RIVERO ORTEGA ha subrayado también cuánto más generoso resultó ser sobre este particular el proyecto a la sazón convertido en la Ley 29/1998, reconociendo al juez una amplia libertad para decidir sobre el contenido de las medidas necesarias a fin de *proteger los derechos e intereses que se ventilen en los contenciosos* (cfr. su trabajo *Medidas cautelares innominadas en lo contencioso-administrativo*, en «REDA», 98, 1998, pág. 279).

(40) En el apartado VI.5 de la Exposición de Motivos que acompaña a la nueva LJ así se reconoce al afirmar que: «Se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente.



Parece, pues, que no nos encontramos ante un cambio timorato, sino ante una corrección profunda de los estrechos límites a que la LJ de 1956 circunscribía el campo de actuación de la tutela cautelar y que han permitido con demasiada frecuencia abusar del alargamiento del proceso (41). La nueva regulación merece, indudablemente, un juicio general positivo, pero ello no obsta para que hagamos algunas salvedades. Así, hay que lamentar que la Ley no haya acogido expresamente el criterio del *fumus boni iuris* o *apariencia de buen derecho* como elemento decisivo que ha de conducir al juez a una estimación de la cautela propuesta. En su lugar, el legislador ha configurado como determinantes los criterios del *periculum in mora* y de la ponderación de los intereses en litigio. Obsérvese, si no, la dicción de los dos párrafos incluidos en el artículo 130 de la nueva LJ:

«1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada» (cursivas mías).

Seguramente es imperdonable, atendiendo a los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales hechos en los últimos años en este país, que la mencionada ausencia no haya sido subsanada a lo largo de la tramitación parlamentaria y que, por el contrario, haya llegado a cobrar carta de naturaleza. Siquiera con carácter complementario, la nueva Ley Jurisdiccional debería haber admitido el *fumus boni iuris* entre los criterios de valoración a aplicar por el Juez para decidir el incidente cautelar. Sin que con ello se prejuzgue el fondo del asunto, es la apariencia de razón en el litigante contra la Administración la que acaba conduciendo en la mayoría de las ocasiones a la estimación de la medida propuesta. Así sucedió, por ejemplo, en el supuesto enjuiciado por el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón del que se ha querido dar cuenta a través de estas líneas. Sólo queda esperar que en el futuro acabe generalizándose una técnica como la del *référé-provision* ensayada por este órgano jurisdiccional, al punto de no ser noticiable su aplicación por nuestras Salas de lo contencioso-administrativo.

---

por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario.»

(41) Una corrección de plano del régimen legal era la reclamada por GARCÍA DE ENTERRÍA: *La batalla...*, cit., pág. 338.

