

I. COMENTARIOS MONOGRÁFICOS

EL *FUMUS BONI IURIS* COMO CRITERIO CONTRARIO AL SOLICITANTE DE MEDIDAS CAUTELARES. ¿UN TRAIADOR ENTRE LOS ALIADOS? Comentarios a los autos del TSJ de Cataluña, de 16 y 17 de junio de 2006, sobre suspensión cautelarísima del referéndum sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña

ANTONIO BUENO ARMIJO
MANUEL A. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

Área de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba¹

I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS HECHOS: IMPUGNACIÓN DEL DECRETO DE CONVOCATORIA DEL REFERÉNDUM PARA LA REFORMA ESTATUTARIA EN CATALUÑA, SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE SUS EFECTOS Y AUTOS DE 16 Y 17 DE JUNIO DENEGANDO LA SUSPENSIÓN.—III. UNA CUESTIÓN PRELIMINAR: LA VÍA JURISDICCIONAL ADECUADA PARA IMPUGNAR EL DECRETO DE CONVOCATORIA ES LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y NO LA CONTENCIOSO-ELECTORAL.—IV. LA SUSPENSIÓN SOLICITADA EN LOS RECURSOS: MEDIDAS CAUTELARES «ORDINARIAS» Y MEDIDAS «CAUTELARÍSIMAS»: 1. *Las medidas cautelarísimas son simples medidas cautelares con especialidades de tramitación: la postergación temporal del principio de contradicción.* 2. *En caso de que no proceda la tramitación de las medidas cautelarísimas solicitadas es posible tramitarlas de oficio como medidas cautelares ordinarias.*—V. PRESUPUESTO ESPECÍFICO PARA LA TRAMITACIÓN Y ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARÍSIMAS: LAS «CIRCUNSTANCIAS DE ESPECIAL URGENCIA» DEL ARTÍCULO 135 LJCA: 1. *El único presupuesto especial para la adopción de las medidas cautelarísimas es la concurrencia de un periculum in mora de especial intensidad.* 2. *El requisito de las «circunstancias de especial urgencia» es un concepto jurídico indeterminado de contenido objetivo que limita el ámbito decisorio del Juez.* 3. *El auto de 17 de junio, a diferencia del auto de 16 de junio, rechaza la concurrencia de las «circunstancias de especial urgencia» tras una valoración subjetiva de este requisito.*—VI. PRESUPUESTOS GENERALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES APLICABLES TAMBIÉN PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARÍSIMAS: 1. *El criterio del fumus boni iuris y su discutida aplicación alternativa o cumulativa junto al criterio del periculum in mora.* 2. *Los orígenes del fumus boni iuris en el Derecho comunitario europeo.* 3. *La reducida aplicabilidad del fumus boni iuris en el contencioso-administrativo español y únicamente como elemento favorable al otorgamiento de la tutela cautelar.* 4. *La preponderancia absoluta otorgada por el auto de 17 de junio al criterio del fumus boni iuris, utilizado, además, en sentido positivo, es contraria a nuestro ordenamiento y a la misma naturaleza de este principio.* 5. *El auto de 16 de junio también aplica el criterio del fumus boni iuris en sentido contrario a los intereses del recurrente.* 6. *La ponderación de intereses como el último presupuesto necesario para la adopción de las medidas cautelarísimas.* 7. *Ninguno de los dos autos realiza una verdadera ponderación de intereses, aun cuando ello podría haber ayudado a justificar la decisión que toman.*—VII. CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación SEJ 2004-03791/JURI, «El papel de las Administraciones públicas y sus distintos instrumentos de actuación en la economía y en la sociedad», de la DGI del MEC. Grupo de Investigación SEJ-196 de la Junta de Andalucía.

RESUMEN

El acceso a la justicia cautelar en los procedimientos contencioso-administrativos es una exigencia constitucional derivada del derecho a una tutela judicial efectiva. Junto a la adopción de medidas cautelares, y como una especialidad dentro de ellas, el legislador español ha previsto la existencia de medidas cautelarísimas. El primer elemento de juicio con el que contaron los jueces españoles para la adopción de medidas cautelares fue el criterio del *periculum in mora*, al que vino a sumarse, por influencia del Derecho comunitario, el criterio del *fumus boni iuris*. La aparición de este último suponía, en principio, una ampliación del acceso a la justicia cautelar para los ciudadanos. No obstante, algunas decisiones judiciales recientes, aquí comentadas, parecen aplicar el criterio del *fumus boni iuris* como argumento contrario a las pretensiones de los ciudadanos.

Palabras clave: medidas cautelarísimas; *fumus boni iuris*; *periculum in mora*.

ABSTRACT

The right to obtain interim measures (*medidas cautelares*) granted by judges in cases of judicial review of administrative acts is a constitutional requirement stemming from the right to an effective judicial protection. Moreover, Spanish lawmakers have provided for a special kind of interim measures granted *inaudita parte* (*medidas cautelarísimas*). The first and only criterium that Spanish administrative judges applied to grant (or deny) interim measures was the *periculum in mora*. However, as an influence of the European Community law, also the *fumus boni iuris* criterium has been taken into account. The enforcement of this last criterium in the Spanish legal order was considered as a benefit for the citizens, since it would certainly lead the judges into granting the requested interim measures. Some recent court decisions hereby analyzed, however, have apparently used the *fumus boni iuris* to turn down citizens demands.

Key words: interim measures granted *inaudita parte*; *fumus boni iuris*; *periculum in mora*.

I. INTRODUCCIÓN

Advertía Nicolás DE MAQUIAVELO en *El príncipe* sobre el peligro de que los aliados —en especial los mercenarios— se vuelvan, en el momento más inoportuno de la batalla, contra aquellos a los que han acudido a socorrer o a quienes han prometido obedecer. Daba cuenta así de cómo Filipo de Macedonia, tras auxiliar a los tebanos a la muerte de Epaminondas, los esclavizó, y de cómo los Papas de Roma ayudaron a las ciudades italianas a desembarazarse de los nobles impuestos por el emperador alemán, sólo para adquirir después el poder temporal sobre ellas².

Sin llevar al extremo estas advertencias históricas, bien podría afirmarse que en el régimen jurídico de las medidas cautelares se han cumplido las advertencias del hábil florentino. En *la batalla por las medidas cautelares*³, librada contra las amenazas que se cernían sobre la tutela judicial

² Se ocupa de estas cuestiones en el Capítulo XII, «De las diferentes clases de milicia y de los soldados mercenarios». Nicolás de MAQUIAVELO (1994), *El príncipe*, edición de Octavio MAZZINI, Edicomunicación, Barcelona, págs. 81-87.

³ Nos permitimos hacer un uso literario del título de la visionaria obra de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (1992), *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, 1.ª ed., Civitas, Madrid.

efectiva, se celebró con júbilo la aparición de un formidable aliado curtido en el Derecho comunitario: el criterio del *fumus boni iuris*. Su aceptación por nuestra jurisprudencia, posteriormente consagrada por el legislador, suponía añadir una nueva herramienta que facilitaba el acceso a la justicia cautelar. El júbilo estaba, por tanto, más que justificado, tratándose de «una materia tan presidida por las leyes del casuismo como esta»⁴.

Pero, sorpresivamente, el criterio del *fumus boni iuris* parece haber cambiado de bando. No se trata sólo de que su invocación no esté resultando tan efectiva como cabía esperar⁵, sino de que pueda estar siendo usado, incluso, como argumento capaz de neutralizar y dejar sin efecto al criterio del *periculum in mora*. Así, de ser un arma jurídica de refuerzo, exclusivamente diseñada para facilitar el acceso a la justicia cautelar, podría haber pasado a ser un muro que impide acercarse a ella: ¿acaso el famoso aliado se habrá convertido en traidor? Si no en términos tan dramáticos, eso es, al menos, lo que parece deducirse del análisis de los dos autos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 16 y 17 de junio de 2006, que denegaron la suspensión del referéndum sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

II. LOS HECHOS: IMPUGNACIÓN DEL DECRETO DE CONVOCATORIA DEL REFERÉNDUM PARA LA REFORMA ESTATUTARIA EN CATALUÑA, SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE SUS EFECTOS Y AUTOS DE 16 Y 17 DE JUNIO DENEGANDO LA SUSPENSIÓN

Los señalados autos traen causa de uno de los acontecimientos políticos y jurídicos con mayor resonancia de la presente legislatura, la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, y ya se sabe que los casos importantes no son los más adecuados para hacer buen Derecho.

Es preciso remontarse al 10 de mayo de 2006, cuando fue aprobada por las Cortes Generales la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, remitiéndose el nuevo texto del Estatuto al Gobierno de la Nación y a la Comunidad Autónoma de Cataluña «a los efectos establecidos en su Estatuto de Autonomía»⁶.

Una semana más tarde, el 18 de mayo de 2006, el Presidente de la Generalidad, mediante el Decreto 170/2006, convocaba el referéndum para la reforma estatutaria, cuya celebración se fijaba el domingo 18 de junio de 2006.

El lunes 12 de junio de 2006, seis días antes de la cita electoral, un minoritario partido político de nombre *Alternativa Española* interponía recurso contencioso-administrativo contra dicho Decreto al estimar nula de ple-

⁴ Francisco José RODRÍGUEZ PONTÓN (1999), *Pluralidad de Intereses en la Tutela Cautelar del Proceso Contencioso-Administrativo*, Cedecs, Barcelona, pág. 173.

⁵ Deben tenerse en cuenta las continuadas resistencias que la aplicación de este principio ha encontrado en la jurisprudencia, muy oportunamente expuestas por Carmen JIMÉNEZ PLAZA (2005), *El fumus boni iuris: un análisis jurisprudencial*, Iustel, Madrid, *in totum*.

⁶ *Diario de Sesiones del Senado*, VIII Legislatura, núm. 83, año 2006, págs. 4886-4915.

no Derecho una convocatoria de referéndum efectuada por órgano manifiestamente incompetente [art. 62.1.b) de la LRJ-PAC]. La argumentación desplegada resultaba, en apariencia, correcta: el artículo 62.c) CE dispone que «corresponde al Rey: (...) Convocar a referéndum en los casos previstos en la Constitución»; por su parte, el artículo 152.2 CE establece que «una vez sancionados y promulgados los respectivos Estatutos, solamente podrán ser modificados mediante los procedimientos en ellos establecidos y con referéndum entre los electores inscritos en los censos correspondientes». El razonamiento del recurso era el siguiente: a) corresponde al Rey convocar a referéndum en los casos previstos en la Constitución [art. 62.c) CE]; b) el referéndum para la modificación de los Estatutos se prevé en la Constitución (art. 152.2 CE), luego; c) corresponde al Rey convocar a los electores catalanes al referéndum para la reforma del Estatuto de Autonomía para Cataluña. De aquí derivaba la pretensión de nulidad radical del Decreto impugnado, al haber sido dictado por órgano (el Presidente de la Generalidad) manifiestamente incompetente.

En la misma línea argumental, cuatro días más tarde (viernes 16 de junio), y a tan sólo dos de la celebración del referéndum, otro partido político, denominado *Partido Social Europeo*, también impugnaba la convocatoria efectuada por el Decreto 170/2006.

Ambos recurrentes solicitaban, además de la nulidad de la convocatoria, la suspensión inmediata y sin oír a la parte contraria —en este caso, la Generalidad de Cataluña— de los efectos del Decreto, esto es, la suspensión de la propia celebración del referéndum, con el fin de salvaguardar los intereses generales y evitar que el recurso perdiera su finalidad legítima.

Finalmente, el TSJ de Cataluña, mediante los autos de 16 y 17 de junio de 2006⁷, resolvió, denegándolas, las medidas cautelarísimas solicitadas, no accediendo a la suspensión del referéndum, que, tal y como estaba previsto, se celebró el domingo 18 de junio.

III. UNA CUESTIÓN PRELIMINAR: LA VÍA JURISDICCIONAL ADECUADA PARA IMPUGNAR EL DECRETO DE CONVOCATORIA ES LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y NO LA CONTENCIOSO-ELECTORAL

Los señalados autos del TSJ de Cataluña de 16 y 17 de junio de 2006 se dictaron como consecuencia de sendos recursos contencioso-administrativos contra el Decreto 170/2006 de convocatoria de referéndum. Pero ¿era ésta la vía procesal adecuada para atacar la validez del Decreto?

⁷ Es conveniente aclarar desde ahora que no existe una correlación temporal directa entre los recursos y los autos. Es decir, la solicitud de medidas cautelarísimas formulada por el primer recurso (12 de junio) fue resuelta cinco días más tarde mediante el auto de 17 de junio, mientras que la solicitud formulada en el segundo recurso (16 de junio) se resolvió mediante auto de 16 de junio, esto es, el mismo día en que se presentó. Esta diferencia, como se expondrá detenidamente en texto, se debió a que sólo en el segundo caso las medidas fueron efectivamente tramitadas como cautelarísimas.

En primer lugar, el cauce apropiado para sustanciar estos litigios no era el contencioso-electoral. El artículo 11.1 Ley orgánica 2/1980, reguladora de las diversas modalidades de referéndum, remite en bloque todo lo relativo al procedimiento electoral al «régimen electoral general». Sin embargo, el artículo 109 de la Ley orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General, circunscribe el ámbito objetivo del contencioso-electoral a los «acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos», dejándose fuera por tanto la convocatoria de elecciones propiamente dicha. La extensión analógica y supletoria de esta última disposición a la institución del referéndum obliga a la necesaria aplicación del cauce contencioso-electoral, pero únicamente en relación con la aprobación de los resultados del referéndum por parte de las Juntas Electorales correspondientes, y no para dirimir controversias en torno al acto previo de convocatoria.

Y si no es el contencioso-electoral, ¿cuál será, entonces, el cauce adecuado para conocer de la convocatoria del referéndum? A primera vista, una convocatoria de referéndum como ésta, insertada como trámite necesario en un procedimiento legislativo y de intensa significación política, constituye un acto del que difícilmente puede predicarse su carácter administrativo en sentido estricto. En efecto, su encaje en la categoría de lo que la LJCA denomina «actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo» (art. 1.1) parece difícil. Ahora bien, sustraer del control jurisdiccional la convocatoria de referéndum sobre la base de este argumento equivaldría poco menos que a resucitar la teoría de los actos políticos o de gobierno, felizmente enterrada con la vigente Ley Jurisdiccional de 1998. Aunque pueda entenderse que una convocatoria de referéndum de las características de la aquí expuesta se inserta como parte de las relaciones constitucionales que el poder ejecutivo mantiene con otros poderes (fundamentalmente, con el legislativo), nada obsta a que se encuentre plenamente sometida a control jurisdiccional. Es unánime la tesis de que el sometimiento de este tipo de actos a la jurisdicción contencioso-administrativa deriva hoy, explícitamente, de lo dispuesto en el artículo 2.a) LJCA, cuando se dice que «el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con (...) los *elementos reglados* (...) en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, *cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos*»⁸.

Si resulta evidente la enorme discrecionalidad a la hora de convocar un referéndum, no es menos palmaria la gran cantidad de elementos reglados a que tiene que someterse el ejercicio de dicha potestad. Entre estos últimos se encuentra, precisamente, la identificación normativa del propio órgano competente para convocarlo: el Rey, según los recurrentes, mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y refrendado por su Presidente [arts. 62.c) CE y 2.3 de la Ley orgánica 2/1980, reguladora de las dis-

⁸ Sobre el origen, la evolución y la definitiva supresión de la doctrina de los actos políticos o de gobierno, *vid.* Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2002), *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, 8.ª ed., Civitas, Madrid, págs. 642-644.

tintas modalidades de referéndum]. En definitiva, resultaba correcta en este caso la utilización del proceso contencioso-administrativo general u ordinario⁹.

IV. LA SUSPENSIÓN SOLICITADA EN LOS RECURSOS: MEDIDAS CAUTELARES «ORDINARIAS» Y MEDIDAS «CAUTELARÍSIMAS»

A fuer de exactos, la suspensión que ambos recursos solicitaban respondía, en realidad, a la categoría de las llamadas *medidas cautelarísimas, provisionalísimas o cautelares provisionalísimas*, una de las innovaciones legislativas introducidas con la LJCA, pero presente con anterioridad en nuestro ordenamiento jurídico gracias a ciertas resoluciones jurisprudenciales bien conocidas¹⁰. No obstante, sólo el auto de 16 de junio tramitó la suspensión solicitada como medida cautelarísima, mientras el auto de 17 de junio la tramitó y resolvió como medida cautelar «ordinaria». ¿Qué pretendían los recurrentes solicitando del Tribunal la adopción de medidas cautelarísimas en lugar de medidas cautelares ordinarias? Las consecuencias que esta distinción plantea aconsejan aclarar, previamente, ambos conceptos.

⁹ A este propósito existe una interesante STS de fecha 15 de julio de 1997 (Ar. 5640). El partido político Centro Progresista recurrió un Decreto del Presidente de la Junta de Andalucía por el que se convocaban elecciones al Parlamento andaluz. Mediante sendos autos —uno resolviendo y otro confirmando el anterior en súplica— de 18 de julio de 1994 y 17 de enero de 1995, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía inadmitió el recurso entendiendo que tenía por objeto un acto político no susceptible de impugnación en vía contencioso-administrativa. La citada STS resolvió favorablemente el recurso de casación interpuesto por el partido político contra dichos autos, al entender que el Decreto de convocatoria, por el contrario, era «consecuencia de la aplicación de (...) criterios normativos que otorgan al acto recurrido una naturaleza reglada, susceptible de control jurisdiccional por la Sala de instancia» (FJ 5.º). El recurso contencioso-administrativo inicialmente interpuesto se resolvió, finalmente, mediante STSJ de Andalucía de 5 de julio de 2001 (RJCA 2002/316) en sentido desfavorable al partido político recurrente por motivos de fondo ajenos ya a la materia que nos ocupa. Con los mismos sujetos litigantes y en relación con otra convocatoria de elecciones autonómicas, igual de categórica se mostró la STS de 3 de diciembre de 1998 (Ar. 10027), y ello sin discutirse, además, la procedencia del cauce procesal seguido, esto es, un contencioso-administrativo y no un contencioso-electoral. La STSJ de Andalucía de 16 de octubre de 2001 (JUR 2002/6771) resolvió un nuevo recurso contra otra convocatoria de elecciones al Parlamento andaluz entre los mismos litigantes. En ella, el Tribunal ya no alude a la doctrina de los actos políticos al conocer del recurso.

¹⁰ Se trata de los AATS de 2 y 19 de noviembre de 1993 (ponente: PECES MORATE), en los que se hizo una aplicación supletoria, vía disposición adicional sexta de la Ley Jurisdiccional de 1956, de las medidas atípicas o innominadas previstas en el artículo 1428 de la LECiv entonces vigente (actual art. 733). La práctica de estas medidas cautelarísimas había sido ya admitida por el Tribunal Constitucional (STC 218/1994, de 4 de agosto), si bien con referencia a las adoptadas en el ámbito civil.

1. *Las medidas cautelarísimas son simples medidas cautelares con especialidades de tramitación: la postergación temporal del principio de contradicción*

Las medidas cautelares encuentran su fundamento en una recta inteligencia del derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes¹¹ y en la máxima, bien conocida en el Derecho inglés, de que una justicia tardía no es justicia (*justice delayed, justice denied*¹²). En ocasiones ocurre, sin embargo, que incluso los trámites propios de las medidas cautelares exigen un tiempo del que no se dispone si quiere asegurarse la efectividad de la sentencia futura.

Es esta posibilidad la que justifica, de conformidad con el artículo 135 LJCA, la adopción no ya de medidas cautelares, sino de medidas *cautelarísimas*. En primer lugar, «el Juez o Tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria». En segundo lugar, y con el fin de evitar la vulneración de la tutela judicial efectiva de terceros¹³ o, simplemente, del principio de contradicción¹⁴, «el Juez o Tribunal convocará a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes, sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada».

En definitiva, las medidas cautelarísimas no son más que simples medidas cautelares con un régimen procesal especial¹⁵, de donde resulta que

¹¹ Así lo entendió el Tribunal Constitucional, al menos desde las SSTC 237/1991, de 12 de diciembre; 14/1992, de 10 de febrero, y 238/1992, de 17 de diciembre, afirmando que «la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso».

¹² No sin humor, señala Carmen CHINCHILLA MARÍN (2001), «La tutela cautelar», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, dirigidos por Jesús LEGUIA VILLA y Miguel SÁNCHEZ MORÓN, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, pág. 587, que «es evidente que si la tutela llega tarde, no es efectiva y, por ende, no es tutela de nada».

¹³ A lo que debe sumarse la posibilidad de que se estuvieran agravando o aumentando los «efectos secundarios y perversos» que toda medida cautelar puede tener, como el «peligro de aumentar la duración de los procesos, de crear situaciones provisionales con difícil marcha atrás, de prejuzgar sobre el fondo sin datos bastantes, de no valorar suficientemente los intereses de tercero, etc.». *Vid.* Manuel REBOLLO PUIG (2001), «Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista Jurídica de Andalucía*, núm. 34, pág. 393.

¹⁴ Ya el ATS de 2 de noviembre de 1993, auténtico *leading case* en la materia, como vimos, aclaraba en su FJ 6.º que «la contradicción no desaparece por adoptarse una medida cautelar *inaudita parte* cuando la eficacia de la medida así lo exige, siempre que se permita al afectado por ella oponerse a la misma».

¹⁵ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (2003), *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de junio)*, vol. 2, 4.ª ed., Civitas, Madrid, pág. 2368, sentencia tajantemente que la solicitud de medidas cautelarísimas «no es una petición distinta» a la petición de las medidas cautelares, sino que simplemente será necesario acreditar que concurren las circunstancias de urgente necesidad para que la medida se adopte *inaudita parte*. Todo esto significa que no son, como alguna vez se ha pretendido sostener, medidas cautelares de las medidas cautelares. Dicha postura vendría apoyada por la interinidad con que se adoptan las medidas cautelarísimas, acordadas tan sólo «entre tanto se tramite y resuelva sobre la medida cautelar definitiva en la correspondiente pieza de suspensión». *Vid.* Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (1998), «Comentario al artículo 135», *REDA*, núm. 100, pág. 890.

el régimen general de las medidas cautelares (contenido en los arts. 129 a 136 LJCA), lejos de resultar «supletoriamente» aplicable, constituye —salvada dicha peculiaridad— su régimen propio y de directa aplicación.

De lo expuesto, cabe deducir que el intento por parte de los recurrentes de evitar la tramitación ordinaria de las medidas cautelares tenía como objetivo evitar que su adopción tuviese lugar demasiado tarde, esto es, una vez celebrado el referéndum. Con tal motivo, sencillamente, se solicitaba del Tribunal la suspensión del Decreto impugnado *inaudita parte*.

Debe señalarse, sin embargo, que la preteritoriedad de las fechas no bastaba para que el Tribunal, de oficio, pudiera tramitar la suspensión solicitada como medida cautelarísima. Esto es, en virtud del principio de justicia rogada¹⁶, corresponde al solicitante pedir estas medidas extraordinarias y acreditar suficientemente la concurrencia de las «circunstancias de especial urgencia» que las justifican, aportando «el mínimo probatorio exigido que permita al órgano jurisdiccional verificar si se dan»¹⁷. Asimismo, y para el caso de que el órgano judicial no aprecie las circunstancias requeridas para la tramitación de medidas cautelarísimas, los recurrentes pueden pedir, con carácter subsidiario, la adopción de simples medidas cautelares. En este supuesto, el Juez o Tribunal deberá decidir sobre estas últimas siguiendo su tramitación ordinaria (arts. 129 y ss. LJCA).

2. *En caso de que no proceda la tramitación de las medidas cautelarísimas solicitadas es posible tramitarlas de oficio como medidas cautelares ordinarias*

Ahora bien, si no se hubiera formulado esta última petición subsidiaria, y los Jueces o Magistrados no estimaran la requerida concurrencia de «circunstancias de especial urgencia», ¿deben tramitar, en cualquier caso, la petición de las medidas cautelarísimas como si fueran simples medidas cautelares? Éste es, precisamente, el supuesto resuelto por el auto de 17 de junio.

Debe recordarse que, a diferencia del segundo de los recursos presentados contra la convocatoria de referéndum, interpuesto el 16 de junio y a dos días, por tanto, de la celebración de la consulta, el primero se interpuso el 12 de junio, a seis jornadas de la votación. Ésta es la causa determinante de que el Tribunal, en su auto de 17 de junio, y sin perjuicio de lo

¹⁶ Las medidas cautelares en el ámbito contencioso-administrativo (y lo mismo cabe decir para las cautelarísimas) sólo pueden ser acordadas a solicitud de las partes. Así se desprende, según Carmen CHINCHILLA MARÍN (1998), «Artículo 129», *REDA*, núm. 100, pág. 867, de una pausada lectura de la LJCA, «que en ningún momento (...) se refiere, ni expresa ni implícitamente, a la posibilidad de que el órgano judicial pueda adoptar medidas cautelares de oficio. Así, pues, en el proceso contencioso-administrativo, como ocurre en el proceso civil, rige el principio dispositivo y no cabe, por tanto, que el órgano judicial adopte medidas cautelares de oficio».

¹⁷ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (2003: 2368). En idénticos términos, AA.VV. (2002), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, 2.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pág. 1116.

que más adelante se dirá sobre su peculiar motivación, denegase la tramitación de una medida cautelarísima en este primer recurso, al estimar que no concurrían las «circunstancias de especial urgencia» que aquélla exige. Se refería con ello a que el tiempo con que se contaba antes de la celebración del referéndum dejaba margen suficiente para que se otorgara a la Generalidad la audiencia prevista por el artículo 131 LJCA.

En este punto, y rechazada la concurrencia de las circunstancias que permiten la adopción de las medidas cautelarísimas, el Tribunal podría haberse negado a tramitar la suspensión solicitada como medida cautelar ordinaria, dando por finalizada la pieza separada. A ello podría haber contribuido una interpretación rigorista del principio rogatorio que, como hemos señalado, informa la justicia cautelar.

En nuestra opinión, sin embargo, la salvaguarda de la tutela judicial efectiva, que late en el fondo de la justicia cautelar y que se manifiesta en el principio *pro actione*, permite sostener una interpretación conforme a la cual no puede considerarse incongruente dar menos de lo que se ha pedido¹⁸. La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha acogido esta opción¹⁹, moviendo al resto de Jueces y Magistrados a tramitar las medidas cautelarísimas como simples medidas cautelares en el caso de que no concurra el requisito enunciado en el artículo 135 LJCA²⁰.

Y esto fue, precisamente y con buen criterio, lo que el Tribunal hizo en este caso, dando audiencia a la Administración, según se deduce del antecedente de hecho único del auto, en el que el Tribunal afirma contar «con audiencia de la parte demandada evacuado mediante su escrito de fecha 16 de junio de 2006». Del texto del auto se desprende que el otorgamiento de la audiencia no obedecía a ninguna solicitud de parte en tal sentido, ni tan siquiera con carácter subsidiario. El partido político recurrente, ante la premura con que se estaban desarrollando los acontecimientos, pidió únicamente la suspensión *inaudita parte* prevista en el artículo 135 LJCA, petición que fue rechazada por el Tribunal. Sin embargo, guiado por un recto y flexible entendimiento del principio de justicia rogada, el mismo Tribunal procedió a tramitar el incidente como medida cautelar. Ello avala con

¹⁸ En esta línea se sitúa, al menos en parte, Fernando Luis RUIZ PIÑEIRO (2001), *Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Aranzadi, Elcano (Navarra), pág. 108, quien considera que el órgano jurisdiccional podrá optar libremente, una vez denegada la procedencia de las medidas cautelarísimas, bien por abrir el trámite ordinario de medidas cautelares, permitiendo a la parte que formule alegaciones o amplíe las ya realizadas, o bien por esperar a que sea de nuevo la parte quien solicite la adopción de medidas cautelares por el trámite ordinario.

¹⁹ Así, el ATS de 24 de septiembre de 2001, FJ 3.º, tras considerar que no quedaban acreditadas las circunstancias de especial urgencia requeridas por el artículo 135 LJCA, añade: «lo cual no obsta, sin embargo, a que continúe la pieza separada del incidente cautelar ordinario, con audiencia de la parte contraria».

²⁰ Sin embargo, y como se afirmó antes en texto, no cabría el caso contrario, es decir, que ante una solicitud de simples medidas cautelares el Juez o Tribunal, estimando por sí mismo que existen las circunstancias de especial urgencia del artículo 135 LJCA, decidiera tramitarlas como cautelarísimas, adoptándolas, en consecuencia, *inaudita parte*. Se trata de una nueva manifestación del principio de justicia rogada, que exige, como ha expresado rotundamente la doctrina, que «debe haber una solicitud de adopción urgente y sin ella no son posibles estas medidas» (Manuel REBOLLO PUIG, 2001: 409).

especial claridad el dato de que las medidas cautelarísimas no son sino simples medidas cautelares, si bien caracterizadas por esa peculiar modulación procesal del trámite de audiencia; modulación que resulta inaplicable, sin más, cuando el Juez estima que en el caso no concurre la especial urgencia requerida.

V. PRESUPUESTO ESPECÍFICO PARA LA TRAMITACIÓN Y ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARÍSIMAS: LAS «CIRCUNSTANCIAS DE ESPECIAL URGENCIA» DEL ARTÍCULO 135 LJCA

Conocidos ya los motivos que justificaban, según los recurrentes, la solicitud de las medidas cautelarísimas y en qué consisten éstas, procede analizar si se daban los presupuestos necesarios para su adopción. Deben señalarse aquí dos grupos distintos: por una parte, los requisitos específicos y exclusivos de las medidas cautelarísimas; por otra parte, los requisitos comunes a las demás medidas cautelares.

1. *El único presupuesto especial para la adopción de las medidas cautelarísimas es la concurrencia de un periculum in mora de especial intensidad*

Es en la primera parte del tan citado artículo 135 LJCA donde se encuentra el presupuesto específico para la aplicación o adopción de las medidas cautelarísimas. Se trata de la concurrencia de unas «circunstancias de especial urgencia», es decir, un peligro, un *periculum in mora* de especialísima intensidad, «de modo que sólo adoptando las medidas adecuadas inmediatamente puede evitarse o paliarse»²¹. Ello se debe a que existe en tales supuestos el temor fundado a que los plazos previstos para tramitar la adopción de estas medidas cautelares ordinarias pueden resultar demasiado holgados, sin contar con que los Jueces y Tribunales, sencillamente, no respeten dichos plazos²².

De este modo, si antes veíamos que la aceptación de que concurren las «circunstancias de especial urgencia» permitía iniciar el procedimiento de adopción de medidas cautelarísimas, ahora debemos añadir que ello también supondrá, implícitamente, la aceptación de que concurre en el su-

²¹ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (2003: 2365).

²² Así lo denuncia, entre otros muchos, Francisco PERA VERDAGUER (2004), «Comentario al artículo 135», en *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-administrativo*, 7.ª ed., Bosch, Barcelona, quien incluso llega a sostener que la figura de las medidas cautelarísimas sería innecesaria de cumplirse con los plazos del artículo 130 LJCA. En una línea parecida, Manuel REBOLLO PUIG (2001: 408) recuerda que no eran extraños en la jurisprudencia anterior a la LJCA los autos en los que se rechazaba la suspensión del acto solicitada porque éste ya había sido ejecutado, citando como ejemplo el ATS de 23 de enero de 1995 (Ar. 62). Con cita del mismo ATS, *vid.*, asimismo, José Manuel SALA ARQUER (1999), «La adopción de medidas cautelares con carácter urgente», *Justicia Administrativa*, número extraordinario, pág. 205.

puesto una situación de *periculum in mora*, esto es, un riesgo cierto de que el transcurso del tiempo haga peligrar seriamente la efectividad de la sentencia.

En los supuestos de hecho de los autos objeto de este comentario parecían concurrir, sobradamente, las «circunstancias de especial urgencia» que reclama el artículo 135 LJCA. En primer lugar, porque la cercanía entre la fecha de interposición de los recursos (12 y 16 de junio) y la fecha de celebración del referéndum cuya convocatoria impugnaban (18 de junio) no parecía permitir el desarrollo normal, con los plazos legalmente previstos²³, de la pieza separada para resolver sobre su suspensión. Pero, en segundo lugar y muy especialmente, por el grave perjuicio que podría derivarse para los intereses generales de una futura nulidad de la convocatoria atacada. Esto es, lo que se planteaba al Tribunal era el gravísimo quebranto que supondría el que, una vez celebrado el referéndum y desplegados todos sus efectos, incluyendo la promulgación del nuevo Estatuto de Autonomía para Cataluña, como finalmente ha acontecido, se estimase el recurso planteado contra su convocatoria —que, no se olvide, continúa su tramitación normal—, declarando su nulidad y la de todo el procedimiento subsiguiente. En dicha hipótesis, a la inseguridad jurídica que ello proyectaría sobre el destino de un nuevo Estatuto que ya ha sido publicado en el *BOE*, vendrían a sumarse el descrédito de las instituciones y el despilfarro de los medios públicos.

En realidad, es cierto, a la luz de las circunstancias concretas del caso, que los partidos políticos recurrentes podían aparecer más como defensores de la simple legalidad (ordinaria o constitucional) que como portadores de auténticos «intereses de particulares». Pero tampoco resultaban más alentadores los «intereses generales» que podía defender la Generalidad, apoyados en la conveniencia de permitir la celebración del referéndum (acaso mal) convocado, puesto que su inminencia había hecho ya desplegar todos los preparativos necesarios (urnas, papeletas, colegios electorales, mesas, campañas de publicidad institucionales y de los partidos, etc.).

En definitiva, y dado que el riesgo de peligro irreparable propio del *periculum in mora* era evidente en el supuesto de hecho, se hace preciso determinar qué pautas debían seguirse para valorar si concurrían las «circunstancias de especial urgencia» y comprobar, acto seguido, si los autos estudiados se ajustaron o no a dichas pautas, pues, como ya hemos adelantado por cuestiones de orden expositivo, el Tribunal consideró que sólo procedía la tramitación como medida cautelarísima respecto a la solicitud del recurso presentado el 16 de junio.

²³ De conformidad con el artículo 131 LJCA, se prevé un plazo de audiencia a la parte contraria «que no excederá de diez días» y la resolución de la pieza separada «por auto dentro de los cinco días siguientes».

2. *El requisito de las «circunstancias de especial urgencia» es un concepto jurídico indeterminado de contenido objetivo que limita el ámbito decisorio del Juez*

Al menos a la luz de los términos en que el artículo 135 LJCA se encuentra redactado, la adopción de medidas cautelarísimas por parte del Juez o Tribunal se presenta como una decisión reglada, en la que no se deja ningún margen a la discrecionalidad judicial.

En efecto, la decisión se basa en dos criterios objetivos o, por lo menos, altamente objetivables. En primer lugar, han de concurrir unas «circunstancias de especial urgencia». Si bien se trata de un concepto jurídico indeterminado, es un concepto objetivo, ajeno a cualquier valoración subjetiva. En segundo lugar, la especial urgencia ha de ponerse en relación con la efectividad de la resolución definitiva que, en su caso, pueda recaer en el proceso, y con la incapacidad de las medidas cautelares ordinarias para asegurar dicha efectividad. Éste es el sentido de la palabra «atendidas» referida a las circunstancias de especial urgencia. La coincidencia de estos elementos en el supuesto de hecho determina, en fin, que el Juez o Tribunal adopte, sin margen alguno a cualquier otra valoración, la medida cautelarísima solicitada: la expresión imperativa «adoptará» utilizada por el precepto que venimos comentando así lo exige.

Por lo tanto, atendido el carácter de potestad judicial reglada y debida con que el artículo 135 LJCA dibuja la adopción de la medida cautelarísima, al menos en apariencia, resulta irrelevante cuál haya sido el origen de la «especial urgencia» alegada, correspondiendo al Juez o Tribunal apreciar simplemente su existencia o inexistencia²⁴. Otra cosa es que aquí también rija, como no puede ser de otra forma, el principio de buena fe procesal consagrado en el artículo 247 LECiv, regla de comportamiento a la que deben ajustar su conducta «los intervinientes en todo tipo de procesos» (art. 247.1 LECiv). Tanto es así que los Jueces y Tribunales se encuentran obligados a rechazar «fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal» (art. 247.2 LECiv), además de la eventual imposición de la multa prevista en el mismo artículo 247.3 LECiv. En el caso de las medidas

²⁴ Ahora bien, es notorio que esta especial perentoriedad puede deberse a diversos factores: a la defectuosa actuación de la propia Administración (que, por ejemplo, notificó tarde el acto que se pretende ejecutar de inmediato); al comportamiento, no necesariamente de mala fe, como se desarrolla en texto, del administrado (que esperó hasta el último momento para impugnar un acto cuya ejecución, ahora, es inminente), o a la propia naturaleza de las cosas (lo que ocurriría en el ejemplo clásico de la declaración de obra en ruinas o, en general, en supuestos como los previstos en la normativa alemana como excepción al principio general de suspensión de los actos administrativos impugnados, que allí es la regla).

En el mismo sentido, y de conformidad con el artículo 129 LJCA, la solicitud de medidas cautelarísimas «es admisible en cualquier estado del proceso», lo que permite imaginar supuestos en que la urgencia de la situación se debe a circunstancias sobrevenidas, no concurrentes en el momento inicial del proceso.

cautelarísimas, la vulneración de la buena fe procesal podría venir integrada por el comportamiento del administrado que esperó hasta el último momento para impugnar un acto cuya ejecución, ahora, es inminente. Se crearía, así, fraudulenta y deliberadamente, la «circunstancia de especial urgencia» requerida para la obtención de una situación de ventaja con perjuicio de la otra parte, esto es, la adopción de una medida cautelar *inaudita parte*.

Ahora bien, que el origen de la especial urgencia se localice en el comportamiento del administrado recurrente no quiere decir que dicha demora en la petición de la medida deba reputarse siempre como un comportamiento guiado por la mala fe procesal del solicitante. Como se desprende del artículo 247 LECiv, tanto el rechazo a la petición formulada como la eventual imposición de multa deben producirse de manera «fundada» y «motivada», luego deben existir indicios probatorios suficientes de que la conducta del solicitante responde a una estrategia diseñada con tal fin. Ello se deducirá, casi siempre, del resto de circunstancias del caso. Así, muy posiblemente haya que reputar mala fe si el retraso del recurrente contrasta de manera significativa con la diligencia de la Administración en resolver y notificar el acto que se ataca, cumplir sus plazos, etc.; pero no cuando concorra, junto a la dilación del recurrente, una defectuosa actuación de la Administración que, por ejemplo, notifica tarde el acto que se pretende ejecutar de inmediato²⁵.

3. *El auto de 17 de junio, a diferencia del auto de 16 de junio, rechaza la concurrencia de las «circunstancias de especial urgencia» tras una valoración subjetiva de este requisito*

Pues bien, en contradicción con todo lo expuesto, el auto de 17 de junio incurre en ciertas incorrecciones desde el punto de vista de la motivación al rechazar la concurrencia de las «circunstancias de especial urgencia». En efecto, si la «especial urgencia» del supuesto se erige en criterio objetivo o, por lo menos, altamente objetivable, la motivación esgrimida para desestimar su concurrencia había de revestir idénticas características. El Tribunal, sin embargo, se basó para desestimar su concurrencia en un juicio de valor exclusivamente subjetivo, al presumir en el recurrente, el partido político *Alternativa Española*, unas intenciones de naturaleza fraudulenta:

«El presente caso (...) aparece adornado por unas características que no se pueden silenciar, así baste para concretar

²⁵ De todo ello, en cualquier caso, habrá de dejarse constancia expresa en el auto que se pronuncie sobre la medida cautelarísima solicitada, como inequívocamente se desprende del artículo 208.2 LECiv: a diferencia de las providencias, «los autos y las sentencias serán *siempre motivados* y contendrán, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en los que se base la subsiguiente parte dispositiva o fallo».

que el escrito inicial que encabeza el presente recurso contencioso-administrativo fue presentado el 12 de junio de 2006 cuando la votación del referéndum se ha establecido en el día 18 de junio de 2006. Pues bien, si se trataba de articular una pretensión cautelar urgente, inaudita parte, del artículo 135 de nuestra Ley Jurisdiccional, debe señalarse que se forma cumplida convicción que la situación temporal indicada, suficientemente y en forma sobrada ha sido buscada y aprovechada de tal forma por única voluntad de la parte actora al punto que en forma alguna cabe calificar el caso como urgente sino todo lo contrario en una táctica perfectamente conocida para evitar el trámite de audiencia y gozar de una posición de ventaja. La conclusión a la que hay que llegar es que en modo alguno procede esa suspensión cautelar provisionalísima que debe rechazarse».

En definitiva, el TSJ entró en una indebida e innecesaria consideración de cuestiones para rechazar la tramitación de las medidas como cautelarísimas. Al órgano judicial le hubiera bastado, para rechazar la especial urgencia, la objetiva y aséptica apelación a un margen de tiempo suficiente para otorgar la audiencia a la Generalidad. Lo coherente, en otro caso, hubiera sido que el Tribunal, aplicando el principio de buena fe procesal consagrado con carácter general en el artículo 247 LECiv, apreciara mala fe en el recurrente con eventual imposición de multa. De ahí la evidente contradicción interna del auto cuando, tras seguir la línea argumental aludida, termina diciendo que «no se estima temeridad o mala fe».

El poco afortunado razonamiento del auto de 17 de junio queda especialmente en evidencia al compararlo con el auto de 16 de junio. Este último, como ya indicamos, resuelve sobre la solicitud de medidas cautelarísimas instadas por el segundo recurso, presentado el mismo día 16 en que fue resuelto. Fue la casi absoluta ausencia de margen temporal para otorgar audiencia lo que determinó que el Tribunal admitiera a trámite sin más el incidente de cautelarísimas.

Pero, precisamente, este carácter verdaderamente intempestivo de esta segunda interposición daba pábulo, con mayor motivo aún que la del recurso que dio lugar al auto del día 17, a sospechas de fraude por parte del partido político recurrente. Sin embargo, con mejor criterio, y ciñéndose estrictamente a la objetividad de los hechos y del requisito legalmente exigido, este auto de 16 de junio da por sentada la especial urgencia del caso y tramita la suspensión solicitada como lo que es, una medida cautelarísima.

VI. PRESUPUESTOS GENERALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES APLICABLES TAMBIÉN PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARÍSIMAS

Una vez obtenido un juicio positivo sobre la concurrencia de las «circunstancias de especial urgencia», queda todavía por determinar si concurren en el caso en cuestión los demás presupuestos legalmente previstos para la adopción de medidas cautelares ordinarias²⁶.

1. *El criterio del fumus boni iuris y su discutida aplicación alternativa o cumulativa junto al criterio del periculum in mora*

Entre dichos presupuestos parece ocupar un lugar destacadísimo el criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen Derecho, cuya entrada en nuestro ordenamiento se produjo, como ya indicamos, por la vía jurisprudencial²⁷. Este criterio basa la adopción de la medida cautelar en un juicio que, sin entrar a resolver el fondo del asunto, permite sospechar una probable resolución futura favorable a las pretensiones del recurrente. Se consagra así un principio del Derecho que ha sido resumido por la jurisprudencia en que la «necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón»²⁸.

En puridad, el criterio no se encuentra literalmente recogido en las normas aplicables a las medidas cautelares frente a actos administrativos, sino sólo, desde el año 1998, para las relativas a la inactividad y la vía de hecho de la Administración (art. 136.1 LJCA)²⁹. De ahí que la exigencia de este requisito, además del *periculum in mora*, no sea en absoluto una cuestión pacífica en nuestra doctrina ni en nuestra jurisprudencia. En cualquier caso, es lo cierto que, frente a la tesis favorable a que la medida cautelar se acuerde con la simple comprobación de la concurrencia del riesgo cierto para la eficacia de la sentencia por el mero transcurso del tiempo (con el único límite de la ponderación de intereses que impone el art. 130.2

²⁶ Así se deduce de la circunstancia, ya expuesta, de que las medidas cautelarísimas sean simples medidas cautelares sometidas a un procedimiento de adopción especial y así lo ha entendido una jurisprudencia constante, indicándolo de forma expresa (AATS de 2 de marzo de 2000, Ar. 2891 y 2892).

²⁷ Sin ser estrictamente los primeros, deben señalarse por su especial repercusión, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia posterior, los AATS de 20 de diciembre de 1990 (ponente: GONZÁLEZ NAVARRO, Ar. 10412) y de 17 de enero de 1991 (ponente: DELGADO BARRIO, Ar. 503).

²⁸ *Vid.*, entre otras muchas, la STS de 19 de junio de 2001 (ponente: GONZÁLEZ RIVAS, Ar. 8901).

²⁹ Se trata, además, de un *fumus boni iuris* concebido en sentido negativo (y más favorable al solicitante, en cuanto que éste no tiene que demostrar que tiene razón, sino que no existe ningún elemento que *a priori* se la quite de manera evidente y terminante): «en los supuestos de los artículos 29 y 30 [inactividad y vía de hecho], la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las circunstancias previstas en dichos artículos...».

LJCA y que veremos más adelante)³⁰, se alzan voces muy autorizadas que estiman no sólo necesaria, sino principal, la concurrencia *también* del criterio del *fumus boni iuris*³¹.

Esta situación, junto a la circunstancia de que la jurisprudencia ofrece argumentos válidos para todas las posturas, hacen que permanezca en pie la duda acerca de si basta con que se cumpla uno de los dos criterios (*periculum in mora* o *fumus boni iuris*) o si es necesaria la concurrencia cumulativa de ambos para la adopción de la correspondiente medida cautelar. La cuestión, como se verá, no resulta baladí, estando en el centro mismo del razonamiento sustentado en los dos autos objeto de este comentario.

2. Los orígenes del *fumus boni iuris* en el Derecho comunitario europeo

La respuesta a estos interrogantes hay que buscarla en los orígenes mismos de la introducción de este criterio en nuestro ordenamiento. En este sentido, y como unánimemente han reconocido la jurisprudencia y la doctrina³², el principio del *fumus boni iuris* tiene su origen en el Derecho comunitario europeo, de donde se traslada al ordenamiento español. Así pues, parece conveniente observar cómo funcionan los criterios del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris* en el modelo comunitario de justicia cautelar antes de hacer una traslación de los mismos al sistema español.

La solución del Derecho comunitario para otorgar medidas cautelares pasa por exigir la concurrencia cumulativa de dos requisitos (tres, si se cuenta con la obligada ponderación de los intereses en conflicto una vez acreditados los dos requisitos anteriores)³³. En primer lugar, la urgencia o *periculum in mora*, que debe apreciarse «cuando, de no otorgarse la medida cautelar solicitada, la duración del proceso principal pudiera convertir en ineficaz un eventual fallo estimatorio de la pretensión principal, ocasionándosele de este modo al demandante un perjuicio gra-

³⁰ Muy señaladamente, la profesora Carmen CHINCHILLA MARÍN, en numerosas publicaciones: así, (2001: 608-612); (1998: 871-873); (1999): «Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, dirigido por Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, CGPJ, Madrid, págs. 47-58; etc. Es en el momento de la ponderación de intereses del artículo 130 LJCA, pero sólo aquí, cuando esta autora ofrece cabida a la toma en consideración del *fumus boni iuris*.

³¹ Nos referimos especialmente a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2002: 642-644).

³² A este respecto es forzoso recordar de nuevo el conjunto de artículos, ya clásicos, del profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA que, partiendo de decisiones del TJCE, analizaron el contenido del principio *fumus boni iuris* y lo pusieron en relación con nuestro sistema de justicia administrativa, dándole su actual difusión entre nosotros. Estos artículos, publicados primero en las principales revistas de Derecho administrativo españolas, así como en alguna extranjera, fueron recogidos posteriormente en el volumen *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, ya citado.

³³ Seguimos en este punto la concisa y altamente clarificadora exposición de Mariano BACIGALUPO SAGESSE (1999), *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, págs. 64 a 71.

ve e irreparable»³⁴. En segundo lugar, debe concurrir una apariencia de buen Derecho o *fumus boni iuris*. Ahora bien, dicha apariencia de buen Derecho no responde a una concepción «positiva» mediante la que el Juez concluya con un juicio del tipo «el recurrente tiene o puede tener razón»; esto es, no exige «un juicio positivo, relativamente certero, que acredite la probabilidad de que el recurso principal prospere»³⁵. La apariencia de buen Derecho exigida en el Derecho comunitario responde, más bien, a una concepción «negativa», mucho menos restrictiva y conforme a la cual, simplemente, el Juez concluirá que «no hay nada que de entrada impida otorgarle la razón al recurrente más tarde», esto es, «la pretensión de fondo no aparece a primera vista desprovista de fundamento»³⁶.

Es esta segunda posibilidad, mucho más liviana, la que permite además apreciar la existencia del *fumus boni iuris* en supuestos de especial complejidad jurídica, en los que resulta punto cerca de imposible resolver sobre la apariencia de buen Derecho sin entrar a conocer del fondo del asunto³⁷.

La concesión de las medidas cautelares exige, por tanto y en todo caso, la concurrencia cumulativa de los dos requisitos. Ahora bien, el TJCE ha admitido que puedan rebajarse las exigencias del primero de ellos, el *periculum in mora*, en función de la especial intensidad con que concurra el segundo, el *fumus boni iuris*³⁸. Como resultado de esta última posibilidad se amplían —pero nunca se reducen— las vías para acceder a la justicia cautelar, al permitirse una especie de «compensación» entre ambos requisitos. Sólo una ulterior ponderación de intereses que haga primar el interés público específico contrario a la adopción de la medida cautelar solicitada podrá justificar la denegación de ésta³⁹.

³⁴ Mariano BACIGALUPO SAGESSE (1999: 67).

³⁵ Mariano BACIGALUPO SAGESSE (1999: 67).

³⁶ Mariano BACIGALUPO SAGESSE (1999: 68).

³⁷ Este mismo esquema ha tenido una recepción normativa en el ordenamiento español, pero en el ámbito civil. Aquí son los artículos 728.1 y 728.2 LECiv los que establecen, respectivamente, la obligación del solicitante de justificar que «podrían producirse durante la pendencia del proceso (...) situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria» (*periculum in mora*), así como de presentar «los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar (...) un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión» (*fumus boni iuris*). Del mismo modo, y en caso de que se solicitase la adopción de las medidas cautelares *inaudita parte*, el artículo 733 LECiv impone además el deber de que el solicitante «pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar».

³⁸ Mariano BACIGALUPO SAGESSE (1999: 69), quien cita, en este sentido, a Ricardo ALONSO GARCÍA (1994), *Derecho comunitario (Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea)*, Ceura, Madrid, págs. 486 y ss.

³⁹ Sobre la importancia y el alcance de la ponderación de intereses en el sistema comunitario de justicia cautelar, frecuentemente olvidada en nuestra doctrina, *vid.* las acertadas consideraciones de Francisco José RODRÍGUEZ PONTÓN (1999: 91 y 92), así como su comentario a la recepción efectuada por nuestra doctrina constitucional de este esquema comunitario en la STC 148/1993, de 29 de abril (1999: 94).

3. *La reducida aplicabilidad del fumus boni iuris en el contencioso-administrativo español y únicamente como elemento favorable al otorgamiento de la tutela cautelar*

A la vista de lo expuesto, y a riesgo de aceptar un requisito adicional no previsto legalmente en España —el *fumus boni iuris*— para acceder a la tutela cautelar, lo cierto es que el solo criterio del *periculum in mora* se revela muchas veces insuficiente para justificar la adopción de medidas cautelares que, de suyo, se reputan justas y necesarias para salvaguardar la tutela judicial efectiva de los justiciables⁴⁰. De hecho, la introducción jurisprudencial del criterio del *fumus boni iuris* se produjo para mejorar la situación de la justicia cautelar en un doble sentido⁴¹.

En ocasiones, el criterio del *fumus boni iuris* se configura como un mero complemento en la aplicación del *periculum in mora*. Es decir, en aquellos supuestos en los que «concurra la existencia de daños y perjuicios» acreditados por quien solicita la suspensión, la apariencia de buen Derecho se utiliza como «un factor importante para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión»⁴².

En otras ocasiones, ciertamente minoritarias, el *fumus boni iuris* ha adquirido la consistencia necesaria para producir, por sí mismo y sin necesidad de un *periculum in mora* claro, la adopción de la medida cautelar solicitada⁴³.

⁴⁰ Es el caso paradigmático de los actos de gravamen de contenido económico, en los que siempre será posible un reembolso al administrado, incluso con los intereses de demora, de modo que en su ejecución nunca concurre un *periculum in mora*. En la misma situación se encuentran los actos cuya nulidad de pleno Derecho es clara, manifiesta y evidente, a pesar de lo cual su ejecución no podría suspenderse cuando no implicara daño o perjuicio irreparable.

⁴¹ Y supuso, en palabras del profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (1992: 203), «una superación definitiva de los estrechísimos cauces del artículo 122 de la Ley Jurisdiccional».

⁴² ATS de 12 de noviembre de 1998 (ponente: MARTÍN GONZÁLEZ, Ar. 9735). Ésta ha sido, además, la línea mayoritariamente seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como demuestra el ingente número de resoluciones que citan el pasaje de este auto transcrito en texto. A mero título de ejemplo, *vid.* las SSTs de 25 de septiembre de 2000 (Ar. 7692), 19 de julio de 2001 (Ar. 8901), 2 de diciembre de 2002 (Ar. 2463 de 2003), 21 de febrero de 2005 (Ar. 2969) o 26 de septiembre de 2006 (JUR 238970), y los AATS de 25 de junio de 2001 (Ar. 5801), 8 de octubre de 2004 (JUR 280805) o 29 de noviembre de 2005 (JUR 20012).

⁴³ El fundamento que sustenta esta posibilidad se encuentra en una interpretación amplia de lo que debe entenderse por «finalidad legítima del recurso». De este modo, la STS de 7 de abril de 2004 (ponente: MENÉNDEZ PÉREZ, Ar. 2685) afirma que «no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado “finalidad legítima del recurso” conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para “disfrutar” de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: (...) algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una “fuerte presunción” o “manifiesta fundamentación” de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del “fumus boni iuris”, sin entrar en el examen de un perjuicio grave irreparable». Entre los escasos pronunciamientos que se pueden señalar en esta misma línea, *vid.*, asimismo, las SSTs de 10 de junio y 24 de noviembre de 2004 (Ar. 3825 y 7854) y la de 19 de octubre de 2005 (Ar. 8267).

Por ello, y a pesar de no haber sido recogido con carácter general en la LJCA, el criterio del *fumus boni iuris* debe seguir siendo de aplicación cuando con ello se consiga *ampliar* las posibilidades de los administrados de conseguir la tutela cautelar⁴⁴, en una línea parecida a la solución adoptada por el Derecho comunitario. Y es que si se observa con atención la forma en que se ha llevado a cabo la aplicación del *fumus boni iuris* en España, se comprenderá que el ordenamiento español, bien que a través de la jurisprudencia, ha realizado una traslación muy aproximada del modelo comunitario de justicia cautelar: acumulación de ambos criterios en principio, pero flexibilización del *periculum in mora* en caso de especial cualificación del *fumus boni iuris*, a lo que se añade, siempre y en todo caso, un último ejercicio de ponderación de los intereses en conflicto.

Ahora bien, y esto es lo esencial, lo que no cabría bajo ningún concepto en nuestro ordenamiento —y, desde luego, nada similar hay en el Derecho comunitario— es la denegación de la medida cautelar solicitada, aun concurriendo el *periculum in mora*, sobre la base de la inexistencia de un *fumus boni iuris* positivo⁴⁵. Es decir, no es admisible rechazar la procedencia de la medida cautelar, aun existiendo *periculum in mora*, porque no exista alguna certeza o indicio especialmente sólido que avale una más que probable resolución favorable a la pretensión del justiciable. Ello supondría, sencillamente, exigir un requisito no previsto en la ley y convertir un instrumento ideado como ventaja para los ciudadanos en una carga⁴⁶. O, dicho en los maquiavélicos términos con los que empezamos nuestra exposición, supondría convertir en traidor al aliado. Si junto a esto tenemos en cuenta que la justicia cautelar es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, el desconcertante resultado es que se estaría vulnerando un derecho fundamental por la abusiva aplicación de una regla diseñada precisamente para garantizarlo.

En resumen, es el criterio del *periculum in mora* el que debe guiar, en principio, el juicio del Juez o Tribunal sobre la adopción de las medidas cautelares frente a actos administrativos, debiendo ser completado con la posterior ponderación de intereses. Todo ello sin perjuicio de que, en cuanto pueda resultar favorable para el acceso a la tutela cautelar, se deba tener

⁴⁴ La posible laguna normativa (a pesar de los asideros que ofrece el art. 136 LJCA) podría seguir cubriéndose, como ya se hizo bajo la Ley Jurisdiccional de 1956, mediante la remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil contenida en la disposición final primera LJCA.

⁴⁵ La inexistencia de *fumus boni iuris* negativo, esto es, la falta de todo fundamento en la pretensión, sí que podría (y debería) ser tenida en cuenta, para lo que se podría recurrir, como se expondrá más adelante en texto, al trámite de la ponderación de intereses del artículo 130.2 LJCA.

⁴⁶ Ésta es, sin embargo y sorprendentemente, la postura que parecen defender EduarDO GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2002: 643), quienes exigen como criterio básico para la concesión de medidas cautelares la existencia de un *fumus boni iuris* positivo y afirman que «sólo son protegibles por medidas cautelares aquellos procesos que acreditan que la temeridad está en la Administración que ha forzado al recurso y que está abusando, por consiguiente, de su privilegio de ejecutoriedad (...); si de este análisis resulta la fuerte apariencia de buen derecho del demandante y la correlativa falta de fundamento serio por parte de la Administración (...), entonces, si el perjuicio de retraso en llegar a la sentencia definitiva es también patente, la medida cautelar debe ser acordada» (cursiva nuestra).

también en cuenta el criterio del *fumus boni iuris*, que podría mitigar, en su caso, las exigencias del *periculum in mora*.

4. *La preponderancia absoluta otorgada por el auto de 17 de junio al criterio del fumus boni iuris, utilizado, además, en sentido positivo, es contraria a nuestro ordenamiento y a la misma naturaleza de este principio*

Nada de lo expuesto, sin embargo, se cumple en los autos que comentamos. El auto de 17 de junio, frente al planteamiento que acabamos de explicitar, no procede en primer lugar a comprobar si resultaba suficientemente acreditado el *periculum in mora* requerido para la suspensión cautelar, sino que, por el contrario, se adentra directamente a valorar y rechazar la concurrencia de un *fumus boni iuris* que se exige, además, con carácter positivo, afirmando que:

«Las razones ofrecidas por la parte actora distan mucho de ser lo clarividentes [*¡sic!*] y a la altura exigible para poder viabilizarlas a título de apariencia de buen Derecho o de *fumus boni iuris*, efectivamente no se alcanza que la tesis sostenida sea clara, manifiesta, terminante o con aquellas características precisas a los efectos del presente incidente, máxime cuando a nadie se le escapa cuando menos la nutrida actividad alegatoria que deberá proceder en trámite de demanda».

Sólo después entra el Tribunal a valorar la concurrencia del *periculum in mora* ordinario, requerido en cualquier medida cautelar general:

«Tampoco se estima en forma alguna que concurra el “*periculum in mora*” desde luego en atención a la naturaleza relevante del caso que se conoce y que nadie pone en duda [*sic*]».

La oscuridad expresiva utilizada por la resolución judicial para descartar la concurrencia de *periculum in mora* difícilmente puede aceptarse como motivación suficiente de la decisión adoptada. No se acierta a saber muy bien lo que quiere decir el Tribunal al poner en relación la no concurrencia del *periculum in mora* con la «naturaleza relevante del caso que se conoce y que nadie pone en duda». En todo caso, este exiguo razonamiento autoriza a afirmar que lo determinante para excusar la suspensión solicitada ha sido en realidad la mera ausencia de *fumus boni iuris* en su vertiente positiva en el caso en cuestión.

Dejando a un lado el hecho de que del texto del auto no se desprende una sola razón jurídica que desvirtúe la apariencia de buen Derecho que asistía *prima facie* al recurrente, lo cierto es que el Tribunal deniega la sus-

pensión provisional del acto invirtiendo el esquema con que, según hemos visto, se diseña la justicia cautelar en la LJCA y la jurisprudencia:

1) En contra de la literalidad de la Ley, se asigna al *periculum in mora* y a la ponderación de intereses un papel subsidiario respecto del criterio del *fumus boni iuris*, que asume todo el protagonismo. Ni siquiera hay un intento, en la línea sugerida por la doctrina más favorable al empleo del *fumus boni iuris*, de integrar este último en la ponderación de intereses.

2) Lejos de esgrimirse en el sentido en que se desprende del artículo 24 CE, es decir, para favorecer el otorgamiento de la tutela cautelar y nunca para denegarla, se recurre a la doctrina del *fumus boni iuris* precisamente para rechazar la medida provisional solicitada. De darle entrada, la doctrina del *fumus boni iuris* debe aparecer como contrapeso a favor de la tutela cautelar cuando del caso no se desprenda un auténtico *periculum in mora*, y nunca como lastre que, a pesar de la existencia de éste, determine por sí la denegación de la medida solicitada.

3) Además, el Tribunal no exigió un *fumus boni iuris* formulado en términos negativos, esto es, la simple comprobación de que el fundamento en que se basaba la pretensión del recurrente no fuera claramente irracional o meramente inexistente. Por el contrario, la exigencia de *fumus boni iuris* positivo se formulaba con tal rigor e intensidad que obligaba, prácticamente, a realizar un completo y exhaustivo juicio sobre el fondo del asunto. Así se deduce de expresiones tales como «clara, manifiesta, terminante» referidas a la apariencia de buen Derecho exigible, o de la remisión a una «nutrida actividad alegatoria en trámite de demanda» para lograr una resolución final favorable a la pretensión principal del recurrente⁴⁷.

4) Finalmente, la falta de *periculum in mora* y la ponderación cir-

⁴⁷ Como advierte Juan Francisco DELGADO MESTRE, en el prólogo al libro de Carmen JIMÉNEZ PLAZA (2005: 18-19), existe una censurable tendencia en la jurisprudencia a interpretar el criterio del *fumus boni iuris* como si se tratase del supuesto de suspensión de la ejecución de actos nulos de pleno Derecho, prevista en el artículo 111.2.b) LRJ-PAC. Esta última exige, según reiterada jurisprudencia, que «el acto haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados»; *vid.*, entre otras muchas, la STS de 21 de febrero de 2005 (ponente: HERRERO PINA, Ar. 2969). Es a esta jurisprudencia a la que parece referirse el auto que comentamos.

Pero, en realidad, esta traslación de requisitos especialmente rigurosos sólo alcanzaría sentido en aquellos supuestos en que no hubiese riesgo de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso. Esto es, en aquellos supuestos en que no concurriera *periculum in mora*. En tales casos, la existencia de un *fumus boni iuris* de especialísima intensidad, basado en la certeza de la nulidad del acto cuya ejecución se pretende suspender (lo que podríamos llamar un *fumus optimi iuris*), podría «compensar» la ausencia del *periculum in mora* y permitir la concesión de la medida cautelar. Tal es, por lo demás, la situación en el Derecho comunitario, según expusimos más arriba.

En abono de esta tesis, cabe señalar que, como demuestra, con profusión de ejemplos, Carmen JIMÉNEZ PLAZA (2005: 98-102), la exigencia de una «nulidad ostensible, manifiesta y evidente» es una de las dos únicas (y estrechas) vías aceptadas por la «prudente» jurisprudencia del TS para adoptar las medidas cautelares reclamadas con base en este principio.

cunstandiada de intereses, que son los criterios cuya valoración exigen los artículos 129 y 130 LJCA, se encuentran totalmente huérfanas de la motivación que con tanto énfasis el artículo 208.2 LECiv predica de autos y sentencias. Esta actitud, sin embargo, resulta coherente con el papel totalmente secundario asignado por el Tribunal a estos requisitos que, debe insistirse, son los realmente relevantes.

5. *El auto de 16 de junio también aplica el criterio del fumus boni iuris en sentido contrario a los intereses del recurrente*

Respecto a la suspensión solicitada por el recurso de fecha 16 de junio, y resuelta por auto del mismo día, su admisión a trámite como medida cautelarísima implicaba que el Tribunal había aceptado la existencia de «circunstancias de especial urgencia», capaces de hacer perder su efectividad a la resolución que habría de poner fin al recurso principal. Es decir, el Tribunal asumía, al menos implícitamente, la concurrencia de un *periculum in mora* cierto. De no haber sido así, el Tribunal habría denegado la apertura de la pieza separada de medidas cautelarísimas por la no concurrencia del requisito marcado por el artículo 135 LJCA.

Sin embargo, admitido de esta forma el específico *periculum in mora* de la medida cautelarísima, no pasa el Tribunal —como era de esperar en virtud de lo estrictamente exigido por la Ley— a ponderar en forma circunstanciada los intereses del particular y el interés general y de terceros, para determinar si finalmente procedía o no el otorgamiento de la medida solicitada. Por el contrario, vuelve a utilizar *contra partem* el criterio del *fumus boni iuris*, con la consiguiente alteración del esquema legalmente diseñado.

Efectivamente, a lo largo de los dos Fundamentos Jurídicos del auto, el Tribunal pone en relación el artículo 56.3 del Estatuto catalán de 1979, según el cual la «aprobación de la reforma [del Estatuto] por las Cortes Generales mediante ley orgánica incluirá la autorización del Estado para que la Generalidad convoque el referéndum», con el artículo 147.3 de la propia Constitución, que dispone: «La reforma de los Estatutos se ajustará al procedimiento establecido en los mismos».

Hay que convenir, desde luego, en que el razonamiento del Tribunal es más que suficiente para sembrar la duda sobre la corrección de los argumentos empleados en los recursos. En efecto, frente a la competencia establecida en el artículo 62.c) CE a favor, exclusivamente, del Rey para la convocatoria del referéndum de reforma estatutaria, el artículo 56.3 del Estatuto catalán de 1979 establecía una solución distinta, aunque no del todo clara. Como resultado, se planteaba una contradicción entre el artículo 62.c) CE y el artículo 56.3 del Estatuto que parecía sugerir un caso de inconstitucionalidad de un precepto contenido dentro de un Estatuto de Autonomía.

El TSJ consigue de esta manera desvirtuar la apariencia de buen Derecho en sentido positivo alegada por la parte recurrente en su escrito de in-

terposición. Sin embargo, debe observarse que la pretensión sigue teniendo una apariencia de buen Derecho en sentido negativo, puesto que no aparece desprovista *prima facie* de fundamento. Sencillamente, la complejidad del asunto hace imposible resolver definitivamente sobre esta apariencia de buen Derecho sin entrar a conocer del fondo del asunto. Lo que, llegado el caso, podría incluso corresponder al Tribunal Constitucional. A pesar de esto, no se conforma aquí el órgano colegiado con la utilización de un criterio extralegal, como es el del *fumus boni iuris* en sentido positivo, sino que —merced a la excepcionalidad inherente a toda medida cautelarísima— acuña una nueva categoría de *fumus boni iuris* especial, mucho más exigente y riguroso, tornándose así aún más arduo el acceso a la tutela cautelar:

«Las alegaciones de la actora carecen *prima facie* de la apariencia de buen Derecho que es necesaria para poder acceder a la suspensión cautelarísima que se solicita, apariencia que si en sede de suspensión cautelar ordinaria requiere que la nulidad de pleno derecho sea manifiesta, clara y patente, con mayor motivo en sede de medida cautelarísima *inaudita parte*».

En realidad, el razonamiento del auto parte de una premisa errónea: simplemente no es cierto que «en sede de suspensión cautelar ordinaria [se requiera] que la nulidad de pleno derecho sea manifiesta, clara y patente», porque en ningún lugar de la norma (arts. 129 y 130 LJCA) se exige esto. En consecuencia, carece también de sentido reclamar para la adopción de medidas cautelarísimas la concurrencia de este requisito, y más aún con carácter agravado.

6. *La ponderación de intereses como el último presupuesto necesario para la adopción de las medidas cautelarísimas*

El artículo 130.2 LJCA establece la posibilidad de denegar la medida cautelar (cautelarísima en este caso) «cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada». Esto es, se impone al órgano decisor la obligación de realizar una «ponderación de intereses», de cuyo resultado dependerá la adopción o denegación de las medidas cautelares. Y es precisamente aquí donde el Juez o Tribunal deberá concentrar sus esfuerzos para decidir sobre la concesión o denegación de las medidas cautelarísimas frente a actos administrativos. De otro modo, la mera apertura del procedimiento específico del artículo 135 LJCA, que suponía, como vimos, reconocer la concurrencia de un *periculum in mora* y de especial intensidad, llevaría irremediablemente a la adopción de las medidas cautelarísimas, sin más controles, lo que no parece en absoluto deseable. Más aún, dado el carácter residual que nuestra legislación otorga al criterio del

fumus boni iuris, es precisamente en esta sede de la ponderación de intereses donde podrá apreciarse y valorarse su concurrencia o su ausencia.

Este esfuerzo por parte del órgano judicial es, además, especialmente remarcable puesto que, en el supuesto de medidas cautelares ordinarias, corresponderá a la Administración «la demostración de la incidencia de la medida en el interés general, siendo exigible un esfuerzo ponderado de incardinación del mismo en el caso concreto, sin que ello suponga obviar la apariencia jurídica de legalidad de que está revestido *ex lege* el acto administrativo»⁴⁸. Sin embargo, la adopción *inaudita parte* de las medidas cautelarísimas privará al órgano judicial de conocer los argumentos que a este respecto podrían haberle ofrecido la Administración e incluso, en su caso, los terceros afectados⁴⁹, situación que puede llegar a ser de una complejidad endiablada en el supuesto de procesos contencioso-administrativos entre Administraciones, donde se estarían enfrentando concepciones distintas de unos mismos intereses generales.

En conclusión, la acreditación de que concurren en el supuesto unas «circunstancias de especial urgencia» conlleva dos consecuencias: de un lado, la apertura del procedimiento especial para la adopción de medidas cautelarísimas del artículo 135 LJCA; de otro, la acreditación de que concurre en el supuesto el *periculum in mora* necesario para poder adoptar la medida solicitada. Tras esta comprobación, únicamente queda por realizar una ponderación entre los intereses del particular y los intereses generales y de terceros, ponderación en la que habrá de tenerse en cuenta que el recurso principal no carezca total y absolutamente de fundamento (*fumus boni iuris* en su vertiente negativa)⁵⁰. Lo que no resulta admisible, y debe insistirse en ello, es la exigencia adicional de un *fumus boni iuris* positivo, de modo que, de no concurrir, esto no será óbice para negar, por sí mismo, la concesión de la medida cautelarísima solicitada. Esto es, sin embargo, lo que hacen precisamente los autos de 16 y 17 de junio.

7. *Ninguno de los dos autos realiza una verdadera ponderación de intereses, aun cuando ello podría haber ayudado a justificar la decisión que toman*

Tal vez por haber tramitado la suspensión solicitada como una medida cautelar ordinaria, el auto de 17 de junio hace referencia a la ponderación entre los intereses del particular y los intereses generales y de terceros. Esta ponderación, sin embargo, se realiza en unos términos un tanto decepcionantes. En concreto, y una vez rechazada la concurrencia del *periculum in mora*, el auto afirma que:

⁴⁸ AA.VV. (2002: 1116).

⁴⁹ Fernando Luis RUIZ PIÑEIRO (2001: 107) estima a este respecto que ello implicará en muchos supuestos «una deficiente configuración de los elementos a tomar en cuenta».

⁵⁰ Respecto al contenido concreto y al alcance de los intereses públicos y los intereses de terceros en esta fase de ponderación, resulta de obligada cita el pormenorizado y exhaustivo análisis realizado por Francisco José RODRÍGUEZ PONTÓN (1999: *in totum*).

«(...) de la misma forma tampoco se estiman prevalentes los intereses de la parte actora a los propios del referéndum que se acuerda y finalmente no se alcanza que con ello se pueda perjudicar la resultancia del presente proceso».

El laconismo casi formulario con que se desecha la supremacía de los intereses del particular frente a los intereses generales difícilmente puede aceptarse como motivación suficiente de la decisión adoptada. Despachar la ponderación de intereses diciendo simplemente que «tampoco se estiman prevalentes los intereses de la parte actora a los propios del referéndum que se acuerda» se halla muy lejos del esfuerzo por demostrar la incidencia «grave» de la medida en el interés general o de tercero que con tanta claridad exige el artículo 130.2 LJCA cuando, para denegar la medida solicitada, demanda del Juez una ponderación «en forma circunstanciada».

Asimismo, que la celebración del referéndum hiciera «perder su finalidad legítima al recurso» parece fuera de toda duda. En consecuencia, causa algo más que estupor la postura del auto respecto a la denegación de la suspensión, al afirmar que «no se alcanza que con ello se pueda perjudicar la resultancia del presente proceso».

Respecto al auto de 16 de junio, y pese a que el artículo 130.2 LJCA resulta, como hemos visto, plenamente aplicable a las medidas cautelarísimas, el Tribunal rehúye la ponderación de intereses y concluye denegando, sobre la única base del *fumus boni iuris* que desarrollamos más arriba, la medida cautelar solicitada *inaudita parte*. En su breve texto no se contiene ni una sola referencia al trámite de la ponderación de intereses.

En realidad, resulta paradójico que el Tribunal, por un lado, deniegue las medidas cautelarísimas recurriendo a argumentos *extra legem* y, por el otro, no dedique la atención necesaria a los otros elementos que la Ley prevé, precisamente, para que tales medidas puedan ser, en su caso, denegadas⁵¹.

VII. CONCLUSIÓN

A la vista de estos dos autos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña de 16 y 17 de junio de 2006, se evidencia hasta qué punto el criterio del *fumus boni iuris* se ha desvirtuado, apartándose de su vocación originaria como refuerzo favorable a la tutela cautelar cuando el

⁵¹ La toma en consideración del criterio del *fumus boni iuris* en el trámite de ponderación de intereses podría resultar, incluso, una obligación, y no una simple posibilidad. Así cabría deducirlo, según Carmen JIMÉNEZ PLAZA (2005: 241-242), del tenor literal del artículo 130.1 LJCA, al prescribir la «previa valoración *circunstanciada* de todos los intereses en conflicto», lo cual implicaría «si nos atenemos a la definición del Diccionario de la Real Academia, que debe realizarse con toda menudencia, sin omitir ninguna circunstancia o particularidad (...) Estas consideraciones contribuyen a afirmar que el *fumus boni iuris* es un principio que en el criterio de la Ley debe examinarse en todo incidente de medidas provisionales».

periculum in mora o no concurre o lo hace sin la claridad necesaria. Así, el criterio del *fumus boni iuris* ha llegado a convertirse, en realidad, en una herramienta al servicio del Juez, que hace con ella lo que estima oportuno para aceptar o, como en los casos que se han analizado, denegar la medida solicitada. De esta suerte, se introducen elementos discrecionales en una potestad judicial diseñada por la Ley con caracteres reglados, por obra exclusivamente del criterio de la urgencia combinado con el de la apariencia de buen Derecho.

Pero es que si algo tiene de discrecional la potestad cautelar es en razón de lo que estas decisiones judiciales han obviado: la ponderación de intereses. Por lo demás, toda referencia al *fumus boni iuris* en estos supuestos sencillamente holgaba. Asombrosamente, con el antiguo artículo 122 de la LJCA de 1956, siendo claros los «daños o perjuicios de reparación imposible o difícil», las medidas cautelarísimas solicitadas se hubieran acordado con sólo realizarse, además, una ponderación de intereses favorable a los recurrentes. Precisamente este requisito, el de la ponderación de intereses, era el único capaz de debilitar la posición jurídico-procesal de los recurrentes y de desvirtuar sus pretensiones cautelares.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2002): *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, 2.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- BACIGALUPO SAGESSE, Mariano (1999): *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen (1998): «Artículo 129», *REDA*, núm. 100.
- (1999): «Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, dirigido por Manuel CAMPOS SANCHEZ-BORDONA, CGPJ, Madrid.
- (2001): «La tutela cautelar», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, dirigidos por Jesús LEGUINA VILLA y Miguel SANCHEZ MORÓN, 2.^a ed., Lex Nova, Valladolid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1992): *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, 1.^a ed., Civitas, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2002): *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, 8.^a ed., Civitas, Madrid.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2003): *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de junio)*, vol. 2, 4.^a ed., Civitas, Madrid.
- JIMÉNEZ PLAZA, Carmen (2005): *El fumus boni iuris: un análisis jurisprudencial*, Iustel, Madrid.
- MAQUIAVELO, Nicolás de (1994): *El príncipe*, edición de Octavio MAZZINI, Edicomunicación, Barcelona.
- PERA VERDAGUER, Francisco (2004): «Comentario al artículo 135», en *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-administrativo*, 7.^a ed., Bosch, Barcelona.
- REBOLLO PUIG, Manuel (2001): «Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista Jurídica de Andalucía*, núm. 34.
- RODRÍGUEZ PONTÓN, Francisco José (1999): *Pluralidad de Intereses en la Tutela Cautelar del Proceso Contencioso-Administrativo*, Cedecs, Barcelona.

- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (1998): «Comentario al artículo 135», *REDA*, núm. 100.
- RUIZ PIÑEIRO, Fernando Luis (2001): *Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Aranzadi, Elcano (Navarra).
- SALA ARQUER, José Manuel (1999): «La adopción de medidas cautelares con carácter urgente», en *Justicia Administrativa*, número extraordinario.