

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA

Jaime RODRÍGUEZ-ARANA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Ejecutividad del acto y tutela judicial efectiva: de la Ley de 1956 a la de 1998*. III. *Caracterización de las medidas cautelares*. IV. *Régimen jurídico de las medidas cautelares en la nueva Ley Contencioso-Administrativa*. V. *Reflexión conclusiva*.

I. INTRODUCCIÓN

Participar en el merecido homenaje que la comunidad académica tributa al doctor Jorge Fernández Ruiz, constituye para mí un acto de justicia y de amistad. De justicia porque son muy conocidos y reconocidos los méritos científicos y académicos que adornan la trayectoria de don Jorge. Y, de amistad, porque me resulta muy grato participar en este merecido homenaje académico por cuanto el profesor Fernández Ruiz ha sabido transmitir siempre un ambiente propicio para el encuentro y la convivencia afable, nada fácil en el a veces sinuoso mundo universitario, Jorge Fernández Ruiz es un universitario de una pieza que se ha distinguido por el buen hacer y la cordialidad, justo las virtudes más relevantes que deben encarnar los hombres de ciencia como nuestro homenajeado.

El dogma de la ejecutividad del acto administrativo, uno de los principales pilares de la construcción continental del derecho administrativo francés, sin dejar de existir, está siendo reinterpretada a la luz de los principios y criterios constitucionales, en especial, a raíz de la tutela judicial efectiva que, en España, ha traído consigo la doctrina de la justicia cautelar.

* Catedrático de Derecho administrativo. Presidente de la Sección Española del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas.

Esta cuestión de la renovación de viejos dogmas, expresiones de la auto-tutela de la administración pública, es la consecuencia lógica de la proyección del Estado social y democrático de derecho sobre las categorías que venían inveteradamente fundando el derecho administrativo en el viejo continente. No se trata de desmontar el viejo sistema, sino de “aggiornar” sus basamentos a la realidad social y normativa que, obviamente, ha cambiado y mucho.

En este punto es menester señalar que la evolución legislativa se ha producido, como debe ser, a golpe de sentencia, por lo que los Tribunales, y especialmente el Tribunal Supremo Español, han tenido el acierto, ya desde la interpretación de la Ley jurisdiccional de 1956, de haber ido abriendo el camino, que ha desembocado en la ley vigente de 1998 que, en esta materia, puede decirse que ha recogido fielmente las aportaciones jurisprudenciales y doctrinales más relevantes.

El problema fundamental estriba en que el privilegio de la ejecutividad no puede operar al margen de la tutela judicial efectiva, por lo que el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de noviembre de 2003 señaló que “en el proceso administrativo, la justicia cautelar tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de la administración, con el fin de garantizar una situación de igualdad, con respecto a los particulares, ante los Tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el artículo 106.1, CE (“los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”), así como el 153.6, CE (“El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá: (...) Por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la administración autónoma y sus normas reglamentarias”), y, en último término, respecto de la legislación delegada, el artículo 86.2, CE (“Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control”).

El principio de la tutela cautelar, derivación de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, se nos presenta como límite infranqueable a la ejecutividad administrativa, con lo cual las medidas cautelares ya no son medidas extraordinarias o excepcionales sino que, como señala el Supremo en esta capital sentencia de 10 de noviembre de 2003, se con-

vierten “en instrumento de la tutela judicial ordinaria”, adquiriendo así una perspectiva constitucional que sitúa a las medidas cautelares en el denominado derecho administrativo constitucional.

Hoy, tras la ley de 1998, las medidas cautelares “podrán acordarse —dice el artículo 129.2— únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso”. Criterio que parece venir de la doctrina recogida en el auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990, en el que se proclama el derecho a la tutela cautelar y, por supuesto, de la sentencia Factorfame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990, que establece que “la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”.

Como es sabido, la preocupación por las medidas cautelares en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, ha cobrado un especial relieve en los últimos años debido, en gran parte, a su consideración como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución.

Realmente, en los últimos años llama la atención el considerable crecimiento de la justicia cautelar o provisional; aumento que seguramente tiene relación con la duración de los procesos jurisdiccionales, pues una justicia tardía no es justicia, por lo que la justicia cautelar adquiere una especial relevancia.

El caso es que la tutela judicial efectiva de carácter cautelar se ha convertido en un hecho cotidiano en los Tribunales contencioso-administrativos españoles, actuando como un mecanismo para asegurar provisionalmente la eficacia de la sentencia definitiva y como remedio para que ésta, llegada a su ejecución, no resulte tardía.

En efecto, la potestad de los jueces y tribunales de adoptar medidas cautelares responde, como ha señalado el Tribunal Constitucional, “a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional” (sentencia 218/1994) evitando que un posible fallo a favor de la pretensión “quede desprovisto de la eficacia por la conservación o consolidación irreversibles de situaciones contrarias a derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento” (sentencia 218/1994). Esta es, en mi opinión, la clave del tema, evitar que se consoliden situaciones irreversibles que, obviamente, la indemnización *a posteriori* puede no restaurar. Para evitar que la ejecutividad genere

supuestos de “irreversibilidad”, se somete a control judicial para evaluar dicha posibilidad.

El profesor García de Enterría, que ha estudiado a fondo esta cuestión, señala como auténtico hito de esta evolución el auto del Supremo de 20 de diciembre de 1990, en el que el ponente, profesor González Navarro, configura un genuino derecho a la tutela cautelar, que se corresponde con un deber, por parte de la administración y los tribunales, de acordar la medida cautelar que resulte necesaria para asegurar el contenido de la resolución que finalmente se adopte. En este sentido, el Tribunal Supremo —auto de 20 de diciembre de 1990— señalaba lo siguiente interpretando, por elevación, el antiguo artículo 122 de la Ley de 1956, precepto que en el régimen anterior sólo preveía la suspensión como medida cautelar única:

los estrechos límites del artículo 122 de la LJCA tienen hoy que entenderse ampliados por el expreso reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva en la propia Constitución, derecho que implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar.

Esta concepción puede verse recogida en recientes sentencias del Tribunal Supremo como la de 7 de abril de 1997, 10 de noviembre de 2003 o 15 de diciembre de 2003 que señala que la tutela cautelar forma parte de la tutela efectiva de jueces y tribunales, no pudiendo eliminarse de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la eficacia de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse en su momento.

Este mismo derecho se encuentra reconocido en el ordenamiento comunitario por el principio general al que alude la sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 19 de julio de 1990, que se resume así: “la necesidad del proceso para obtener la razón no ha de convertirse en un daño para el que tiene razón”.

Estas aproximaciones, superadoras de la estricta regulación legal anterior contribuyen a explicar el hecho de que la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa haya dedicado bastante atención a este asunto, en concreto, el Capítulo II del Título VI de la Ley, artículos 129 a 136.

El articulado responde a lo dispuesto en la exposición de motivos de la ley que reconoce que “el espectacular desarrollo de estas medidas en la jurisprudencia y la práctica procesal de los últimos años ha llegado a desbordar las moderadas previsiones de la legislación anterior, certificando su antigüedad en este punto. La nueva ley actualiza considerablemente la re-

gulación de la materia, amplía los tipos de medidas cautelares posibles y determina los criterios que han de servir de guía en su adopción”. El legislador se limita a registrar lo que la jurisprudencia y la doctrina han venido señalando tiempo atrás en orden a disponer de una justicia cautelar de mayor calidad, para, desde el entendimiento de que esta modalidad de justicia forma parte integrante del principio de tutela judicial efectiva, señalar que, estas medidas en modo alguno son una excepción, sino que, por el contrario, se nos presentan “como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que sea necesario”.

Asimismo, toda la doctrina está de acuerdo en situar como un elemento clave a la hora de tratar el fundamento de las medidas cautelares en general, el problema de la lentitud en la resolución de los procesos jurisdiccionales. El artículo 24.2 de nuestra Constitución afirma claramente que “todos tienen derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías…”, por lo cual el retraso desproporcionado en la resolución de los procedimientos supone una grave conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de nuestra norma suprema. Así, además, lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 26/1983, al afirmar que “desde el punto de vista sociológico y práctico puede seguramente afirmarse que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva”.

Básicamente, lo que se pretende es que la duración del procedimiento no altere el equilibrio inicial de fuerzas entre las partes. En esta dirección, el Tribunal Supremo ha señalado que el principio de efectividad de la tutela judicial recogido en el artículo 24.1 de la Constitución reclama que el control jurisdiccional que ampliamente traza su artículo 106.1 haya de proyectarse también sobre la ejecutividad del acto administrativo. Y dada la duración del proceso, el control sobre la ejecutividad ha de adelantarse al enjuiciamiento del fondo del asunto. La armonización de las exigencias de ambos principios da lugar a que la regla general de la ejecutividad haya de ser controlada en cada caso concreto sobre todo porque la jurisprudencia, no lo olvidemos, supone la constatación real de la solución justa a cada caso.

II. EJECUTIVIDAD DEL ACTO Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: DE LA LEY DE 1956 A LA DE 1998

Como es sabido, la Ley Jurisdiccional de 1956, en consonancia con el momento y las circunstancias históricas que presidieron su nacimiento,

partía de una consideración general del efecto no suspensivo de la interposición de recursos en vía judicial contenciosa, contra actos o disposiciones administrativas. Frente a este principio, se contemplaba la sola excepción de que la ejecución de actos o normas pudieran causar perjuicios de reparación imposible o difícil, en cuyo caso el Tribunal, a instancia del interesado, podría acordar la suspensión. Este es, en esencia, el contenido del viejo artículo 122 de la LJCA de 27 de diciembre de 1956, cuya Exposición de Motivos se situaba, sin embargo, un paso más allá de la propia regulación que interpretaba, al señalar que, a la hora de declarar la suspensión, se deberá ponderar en qué medida el interés público la exige. De igual modo, en relación con la dificultad de la reparación, la Exposición de Motivos afirmaba que no cabía excluirla, sin más, por el hecho de que el daño fuese evaluable económicamente.

Desde este punto de partida —que, como hemos visto, apuntaba en su propio nacimiento, unas interesantes posibilidades interpretativas— se edifica la construcción doctrinal y jurisprudencial sobre las medidas cautelares en general y la suspensión en particular que, tiene, en su evolución, un antes y un después de la Constitución de 1978.

En efecto, podemos identificar un progresivo debilitamiento del requisito de la imposible o difícil reparación de los daños, como elemento central del sistema, que parte, como hemos visto, de la propia Ley Jurisdiccional de 1956.

Del carácter vertebrador de este requisito de la dificultad de la reparación se ha señalado, con acierto, que desviaba la atención hacia un problema que no era el fundamental, ya que lo realmente decisivo es la protección de los bienes jurídicos en presencia en el caso concreto, mediante una solución de justicia material.

Se ha querido buscar la causa de esta interpretación exclusivamente centrada en la dificultad o imposibilidad de reparación en la propia —e inadecuada— redacción del párrafo 2o. del artículo 122 de la ley de 1956 y en el paralelo desconocimiento del contenido de la Exposición de Motivos, a cuyas posibilidades interpretativas ya hemos aludido y que, ciertamente, sólo al final de la vida de esta ley se le supo sacar toda la virtualidad que encerraba.

Pues bien, sobre estos presupuestos, la jurisprudencia se situó, en el momento inicial de la aplicación de la Ley de 1956, en una posición marcadamente favorable a la preeminencia del principio de ejecutividad de los actos, denegando prácticamente como regla toda suspensión cuyo

posible daño fuera evaluable económicamente, desoyendo, por otra parte, la propia exposición de motivos de la ley.

Ahora bien, esta posición inicial fue progresivamente matizada al so-
caire de la realidad constitucional que, a partir de 1978, marcó una consideración nueva de las medidas cautelares y, entre ellas, de la suspensión, al entrar en relación con las necesidades derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva. Es, ésta, una de las consecuencias de la proyección de un orden jurídico nuevo sobre unos cimientos viejos que precisaban de una tarea a fondo de remozamiento, rehabilitación y reconstrucción.

Efectivamente, el criterio de la reparación económica —y de su presupuesto: la evaluabilidad de los daños— no podía ser considerado de manera absoluta, más bien requería de una solución valorativa caso por caso. A partir de aquí, nuestro Tribunal Supremo entendió que “el precepto del artículo 122 de la jurisdicción encierra un concepto jurídico indeterminado, necesitado de ser traducido conforme al conjunto de circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto”. Casuismo que, unido a la citada, aunque tardía incorporación del texto de la Exposición de Motivos de la Ley de 1956 como elemento hermenéutico de primer orden, invitaba claramente a valorar los intereses implicados para decidir otorgar o no la suspensión. Tarea de ponderación que es uno de los criterios determinantes que la Ley de 1998 establece para la procedencia o no de la medida cautelar.

Es a partir de la Constitución de 1978, cuando el criterio de la irreparabilidad de los daños deja de ser, al menos en apariencia, el eje sobre el que pivotea la suspensión, entonces la única medida cautelar prevista en la ley. La necesidad de la solución justa en cada caso trajo como lógica consecuencia la necesidad de ponderar los intereses en conflicto, teniendo muy en cuenta la incidencia del interés público. En este punto, la combinación del criterio de los daños y la incidencia del interés público fue calificada por el Tribunal Supremo de “interpretación auténtica” del artículo 122 de la Ley de 1956, abriendo las puertas a la nueva regulación que contempla el derecho vigente.

Una nueva nota vino a este debate. En el mismo sentido de la ponderación de intereses ante la suspensión, se pronunció la regulación del procedimiento de amparo constitucional en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que estableció que, en materia de suspensión en esta vía, la Sala suspenderá el acto cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad y, *a sensu contrario*, podrá denegarse la suspensión sólo cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los

intereses generales. Regulación, insisto, que hasta literalmente recoge el legislador de 1998.

Poco a poco, como fruto de la labor del Tribunal Supremo basada en la cantidad y la calidad de sus autos relativos a la posibilidad de suspender actos recurridos, fue viendo la luz una nueva interpretación del artículo 122 de la Ley de 1956 en la que el criterio de la irreparabilidad o difícil reparación, fue sustituido por la concepción de la “irreversibilidad” —que permite una más amplia tutela judicial— y, junto a ello, tomó cuerpo la ponderación del interés público en presencia, a partir de la consideración de lo expuesto en la Exposición de motivos de la Ley Jurisdiccional.

Realmente, si la ejecutividad se fundamenta en razones de interés público, no parece muy aventurado pensar que la suspensión pueda jugar cuando no haya interés público grave en la ejecución del acto o norma. Sabemos que el conflicto de intereses es frecuente en estos casos. Pero sabemos, también, que los principios constitucionales concretados en la “vis expansiva” de las libertades públicas y los derechos fundamentales deben abrirnos las puertas de la solución.

No debe, sin embargo, asimilarse un progresivo aumento de la operatividad de la suspensión con un paulatino vaciamiento de la ejecutividad sino, más bien, es menester señalar la necesidad de integrar la ejecutividad en el marco constitucional en que discurre la administración pública. La ejecutividad debe, por tanto, entenderse precisamente en clave constitucional. En esta línea, lo relevante es que el enjuiciamiento de dicha ejecutividad garantice la tutela cautelar que la Constitución hace nacer del principio del artículo 24.1 de nuestra carta magna.

En este sentido sí me parece interesante citar la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1987, según la cual, la potestad ejecutoria de la administración, legalmente reconocida, no puede considerarse, en modo alguno, como contraria a la Constitución, sino, muy al contrario, como desarrollo necesario del principio de “eficacia con sometimiento pleno a la Ley y al derecho” que proclama el artículo 103 de la carta magna. Ahora bien, que esto sea así, no quiere decir, ni mucho menos, que la tutela cautelar introduzca fuertes límites a la posición institucional de una administración que ya no tiene la ejecutividad, una versión radical del polémico privilegio de autotutela.

A partir de aquí, y a pesar de que en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional o en la Ley de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales —hoy integrada en la jurisdicción contencioso administrativo de

1998— se haya invertido la regla general de la no suspensión, no debe deducirse que la suspensión deba ser la regla general ya que esta regulación no es más que la consecuencia de que, en determinados presupuestos —protección de libertades públicas, sanciones administrativas— el derecho se ajuste a la propia realidad y naturaleza de las cosas.

Como punto final a la construcción jurisprudencial que venimos describiendo, debemos situar el juego de la interrelación entre la ejecutividad y la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución. Frente a quienes vieron en esta relación la necesidad de interpretar de modo distinto —cuando no de vaciar completamente de contenido— la regulación de la Ley Jurisdiccional de 1956, parece afirmarse una postura más razonable y equilibrada, según la cual, la protección de los derechos fundamentales —en especial del derecho a la tutela judicial efectiva— se satisface haciendo que la ejecutividad de los actos administrativos pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y los instrumentos propios del principio de contradicción, resuelva en derecho.

Sin ánimo de realizar una exposición exhaustiva de la evolución jurisprudencial —que resultaría un tanto ardua y que, por otra parte, es bien difundida y conocida en esta materia— sí quisiera llamar la atención sobre algunas resoluciones judiciales que ilustran la evolución que hasta aquí hemos comentado.

Efectivamente, la jurisprudencia ha sido la responsable de incorporar una nueva aproximación de la suspensión mediante la cual ha dejado de ser un mero mecanismo excepcional, para convertirse en una pieza central del sistema de garantías consagrado en la Constitución.

El nuevo camino no es ya la protección radical del interés público, sino la lógica necesidad constitucional de garantizar la plena eficacia de la decisión judicial sobre el conflicto, que deriva del derecho a la tutela judicial efectiva.

En esta línea, el auto del Supremo de 2 de noviembre de 1993 califica de provisionalísimas las medidas que adopta (comunicación telemática a la administración de que se abstenga de adoptar medida alguna en tanto no recaiga resolución sobre la suspensión solicitada) que, evidentemente, no tienen su base en la regulación de la Ley de 1956, sino en otras normas (en este caso, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el auto entiende supletoria). El auto realiza una sutil distinción entre la suspensión de la eficacia del acto recurrido y la demora de su materialización, impuesta por el Tribunal sobre la base de la necesidad de garantizar el derecho

fundamental a la tutela judicial efectiva. Este pronunciamiento no puede hoy considerarse como doctrina extendida en sede judicial. Es más, continuaron siendo mayoría los autos en los que el Tribunal Supremo se “cenña” a la letra de la Ley de 1956, para interpretar la necesidad de suspender la eficacia de los actos recurridos.

La suspensión ha sido tradicionalmente la única medida cautelar regulada en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 y respondía a una necesidad actual por alejar el temor o peligro de un daño futuro, lo que hace aconsejable mantener el estado o situación que tienen las personas, cosas o derechos en el momento en que se solicita la medida, en el que no puede decidirse si el derecho esgrimido existe, y por ello si el sujeto activo lo ostenta frente al sujeto pasivo. Mientras tanto, los ciudadanos tienen derecho a que se respete su situación actual, porque han solicitado la tutela de los jueces y tribunales, ejercitando un derecho proclamado en la Constitución (artículo 24), tutela que no solamente ha de entenderse referida a una sentencia fundada que ponga fin al proceso, sino también ha de ser interpretada en el sentido de obtener una tutela cautelar, que eleva así la condición de derecho.

III. CARACTERIZACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares presentan una serie de caracteres que suscitan el consenso doctrinal entre los que pueden citarse: instrumentalidad, homogeneidad de la medida cautelar con la medida ejecutiva; temporalidad y provisionalidad; variabilidad y jurisdiccionalidad.

La instrumentalidad se refiere a que las medidas cautelares son únicamente concebibles en virtud de la interposición de un recurso contencioso-administrativo, recurso que ha dado lugar al proceso y al hecho de que lo que se persigue es el mantenimiento de la situación inicial; es decir lo que el particular pretende es que las cosas vuelvan a su estado originario. Esta instrumentalidad aparece reconocida en el artículo 129 de la nueva Ley, del que se infiere que las medidas cautelares dependen siempre del proceso principal, como lo subraya el hecho de que es competente para conocer de la pretensión el mismo órgano que conozca del proceso principal y se da identidad de partes con el proceso principal. Asimismo, la medida cautelar es instrumento de la resolución definitiva, teniendo por finalidad permitir su ejecución y estando subordinada a ella. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 148/1993 “el incidente cautelar

entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal”.

Al respecto de la homogeneidad, se puede señalar que las medidas que anticipen en parte o provisionalmente efectos de la sentencia responden a la función de asegurar la efectividad de la misma que supone algo más que asegurar la ejecución, dado que implica también proteger aquélla frente a riesgos que impidan que sus efectos se desarrolleen en condiciones de plena utilidad para el que sea reconocido como titular del derecho. Aquí aparece la cuestión relativa a si la medida cautelar supone un *test* previo de la legalidad del acto o norma; cuestión que debe rechazarse por ser contraria, dicha posibilidad, a la naturaleza jurídica de la medida cautelar.

La provisionalidad hace referencia al carácter no definitivo de las medidas cautelares, pues éstas desaparecen, perdiendo toda su eficacia, cuando faltan los presupuestos que originaron su adopción, y en todo caso cuando finaliza el proceso principal. La nota de la provisionalidad se entiende bien si se conecta con la finalidad de las medidas cautelares; si lo que se trata de proteger y tutelar mediante la adopción de tales medidas es la efectividad de una ulterior sentencia, lógico es que las mismas tengan una vigencia limitada en el tiempo, concretamente aquella en la que dicha sentencia tarde en obtenerse.

Esta provisionalidad aparece muy claramente en dos casos: las medidas *inaudita parte debitoris* del artículo 135 y los supuestos de impugnación de inactividades administrativas o de actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho que el artículo 136.2 permite solicitar antes de la interposición del recurso para evitar la producción de daños irreversibles que harían que la medida perdiese su finalidad de instarse una vez iniciado el proceso.

Con la nota de la variabilidad se quiere indicar que la permanencia o modificación de la medida cautelar está siempre condicionada al mantenimiento de los presupuestos que justificaron su adopción.

La medida cautelar podrá ser reformada si se producen modificaciones en el estado de los hechos respecto de los cuales la medida fue adoptada, y en el supuesto en el que no fuera otorgada cuando se solicitó, se podrá volver a pedir siempre que se haya producido un cambio de las circunstancias anteriores.

Esto es lo que establece el artículo 132.1 de la nueva Ley, el cual, partiendo de la cláusula *rebus sic stantibus*, afirma que las medidas cautelares

podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaron las circunstancias en virtud de las cuales se hayan adoptado.

Esta manifestación de la *potestas variandi* de la administración pública se basa en una alteración del equilibrio de intereses en el que se fundamenta la adopción de la medida o en la propia desaparición sobrevenida de la necesidad de su existencia para garantizar la decisión final del proceso. Ahora bien, esta *potestas variandi* está sometida a las limitaciones establecidas en el artículo 132.2 de la Ley, ya que las medidas no podrán modificarse o revocarse en función de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de la cuestión litigiosa, ni tampoco en razón de la modificación de los criterios de valoración que el órgano jurisdiccional aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.

Estas dos excepciones pretenden evitar que la modificación de la medida pueda parecer que se trata de una pura decisión subjetiva completamente desvinculada de la aparición de nuevas circunstancias que deberán ser alegadas por las partes. En definitiva, las medidas cautelares no producen el efecto de cosa juzgada y son, por ello, modificables siempre que se produzca una variación de las circunstancias de hecho.

En cuanto a la jurisdiccionalidad, puede señalarse que está implícita en las notas anteriores puesto que significa que la adopción de la suspensión compete al órgano jurisdiccional que esté conociendo el proceso principal ya que, según dispone el artículo 117.3 de la Constitución, sólo a los órganos jurisdiccionales les corresponde el juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

La nueva Ley pone de manifiesto el insuficiente tratamiento que las medidas cautelares recibían en la anterior regulación, regulación que fue ampliamente desbordada por la jurisprudencia y la práctica procesales.

La nueva Ley actualiza la regulación anterior en cuestiones tales como el establecimiento de una regulación común a todas ellas, cualquiera que sea su naturaleza o la ampliación de los tipos de medidas posibles.

La Ley opta así por una cláusula abierta que permita adoptar en cada caso concreto la medida que sea idónea para cumplir su función de garantía de la efectividad de la tutela judicial que se solicita. La Ley ha seguido así el criterio del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reconociendo un genérico derecho a solicitar cualquier medida cautelar y no establece límites de ninguna clase ni en cuanto al tipo de medida que puede solicitarse y adoptarse ni en cuanto a los supuestos de hecho frente a los que procede su adopción ni tampoco en cuanto a los efectos que estas medidas puedan tener, optando por un régimen de gran flexibilidad, con

dos únicos límites en los artículos 130.2 y 133.1, a los que me referiré posteriormente.

Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de octubre de 2003, ha señalado: “el carácter innominado de las medidas cautelares autorizadas por la ley 29/1998 permite que puedan adoptarse cualesquiera disposiciones de orden cautelar que sean proporcionadamente adecuadas al fin de garantizar la eficacia de la sentencia dictada (artículo 129.1), aun cuando no se trate de la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado”. Además, la referencia genérica de la Ley, sigue diciendo el Supremo, debe entenderse también como una remisión a las leyes que contemplan medidas específicas, en cuanto puedan considerarse expresión de los criterios de *periculum in mora* y *fumus boni iuris*.

En este sentido, la innominatividad de las medidas cautelares resulta ser muy importante para el administrado, acorde con el artículo 24 de la Constitución y en consonancia con una concepción del orden jurisdiccional contencioso-administrativo cada vez menos revisor y más tendente a conocer del conjunto de pretensiones que puedan suscitarse frente a la actuación u omisión de la administración. La jurisdicción contencioso-administrativa ha pasado de ser sólo revisora de un acto previo a centrarse en la protección jurídica de los derechos en juego, haya acto o haya omisión de la administración pública.

Así, entre las medidas anteriormente no previstas y que ahora quedarían cubiertas con la nueva regulación, pueden citarse las condenas cautelares de hacer o no hacer, las medidas consistentes en la provisión anticipada de una deuda en caso de negativa injustificada de la administración o la anotación preventiva de demanda sobre bienes inmuebles en materias urbanísticas.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA NUEVA LEY CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. *Presupuestos de las medidas*

La doctrina ha señalado tradicionalmente tres elementos como presupuesto para la adopción de las medidas cautelares: el *periculum in mora*, el *fumus boni iuris* y la fianza. De los tres, el único que contemplaba la legislación anterior (artículo 122) era el *periculum in mora*, esto es, el peligro que se deriva de la inmediata ejecución del acto administrativo en conjun-

ción con el necesario transcurso del tiempo de cara a resolver el incidente cautelar. El Tribunal Supremo, para la apreciación de los daños o perjuicios que ocasiona la ejecución del acto administrativo, ha recurrido tradicionalmente al criterio de la ponderación entre los intereses públicos y privados en juego.

A este respecto, la nueva regulación (sobre todo el artículo 130) no parte de la prevalencia del interés público, sino de la ponderación de “todos los intereses en conflicto” que se comparan a efectos de que el juez y el tribunal decidan sobre la procedencia o no de la suspensión.

Es decir, la “ejecutividad del acto” no puede de tal forma alegarse en el proceso, unida a la presunción de validez *iuris tantum*, como motivo de oposición a la práctica de la medida cautelar, sino que, la prevalencia de un “interés público” en colisión con otros intereses públicos o privados en conflicto debe justificarse (en el propio procedimiento incidental-cautelar) en circunstancias determinantes de su “preponderancia” y de su “grave perturbación” en el caso concreto.

Por su parte, la consideración del *fumus boni iuris* en el proceso contencioso-administrativo se ha ido introduciendo en la jurisprudencia a partir del año 1990.

En virtud de la aplicación del *fumus boni iuris* es posible valorar con carácter provisional las posiciones de las partes y los fundamentos jurídicos de su pretensión, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día se declare en la sentencia definitiva.

El Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990 inaugura en nuestro derecho (siguiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de Luxemburgo en el asunto Factortame) una nueva corriente jurisprudencial sentando la siguiente doctrina fundamental para nuestro estudio:

una armónica interpretación de la dispersa regulación de las medidas cautelares en nuestro derecho positivo permite descubrir cuando se lea desde esa atalaya que es el artículo 24 de la Constitución, que aquel principio del derecho comunitario estaba ya latente, escondido, en nuestro ordenamiento, y que una jurisprudencia sensible a las líneas de evolución jurídica que marcan los nuevos tiempos —que rechazan aquella concepción sacral del poder que llevaba a ver en el individuo un súbdito y no un ciudadano— permite hacer patente.

Por otro lado, el propio Tribunal Supremo considera que para conceder la tutela cautelar el elemento que hay que analizar del *fumus boni iuris* es la alta dosis de razonabilidad entendida como “razonable apariencia de que la parte recurrente litiga con razón” y de otra que existan “dudas razonables sobre la legalidad de la actuación administrativa”.

Este criterio de la apariencia de buen derecho se hallaba incluido en el artículo 124.2 del Proyecto remitido por el gobierno a las Cortes. Sin embargo, la redacción final de la Ley ha omitido referencia a la misma, al optar por acoger la fórmula del artículo 56.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

De acuerdo con ello, la medida cautelar podrá adaptarse —dice el artículo 130— previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso y podrá denegarse si media perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

La pérdida de finalidad del recurso ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional, en relación con el recurso de amparo, en el sentido siguiente: conceder la suspensión cuando la ejecución del acto conlleve unos efectos que impidiesen la efectividad del amparo en caso de ser otorgado teniendo presente que la efectividad de la actuación no impida que las cosas pudieran ser devueltas al estado en que se hallaba antes de la ejecución.

No obstante, a pesar de la ausencia de referencias explícitas a la apariencia de buen derecho, parece que ha de considerarse que el órgano jurisdiccional, como ha establecido la jurisprudencia más reciente, no puede abstenerse de tener presente este presupuesto, ya que no hay nada que se lo impida en la nueva regulación aunque, es claro, no es criterio determinante y su consagración en la letra de la ley podría introducir un peligroso elemento interpretativo que podría hacer perder a la medida cautelar su naturaleza provisional.

El Tribunal Supremo, en una sentencia de 10 de noviembre de 2003, reconoce que el *fumus boni iuris* debe ser un criterio a ponderar por el órgano jurisdiccional. Reconoce que, en efecto, “esta doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia deducida a los meros fines de la tutela cautelar”. Este es, bien establecido, el margen interpretativo para la apreciación de la apariencia de buen derecho.

Ciertamente, el legislador de 1998 no recogió en la letra de la ley este criterio que, sin embargo, sí acoge alguna jurisprudencia cuya pervivencia en esta materia, como señala la sentencia de 10 de noviembre de 2003, se deriva “de la jurisprudencia y del efecto reflejo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 que sí alude a este criterio en el artículo 728”.

El Tribunal Supremo también ha entendido, recientemente que la doctrina del *fumus boni iuris* debe matizarse y utilizarse en determinados supuestos: “de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta —auto de 14 de abril de 1997— de actos dictados en ejecución, cumplimiento de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la administración opone una resistencia contumaz” (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2003). Esta doctrina sobre los límites de operatividad del *fumus boni iuris* “debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por vez primera, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito” (Autos del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1993, de 7 de noviembre de 1995, de 26 de noviembre de 2001, de 29 de diciembre de 2002 y sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1997).

Por otra parte, la medida cautelar se adopta para garantizar la eficacia de la sentencia frente al *periculum in mora*, sin embargo, es evidente que estas mismas medidas pueden a su vez provocar perjuicios que deben ser evitados. Ahora bien, la preservación de los intereses en conflicto, exigidos por el derecho a la tutela judicial efectiva, se opera a costa del titular que se beneficia de la medida, a través de la contracautela.

En opinión del Tribunal Supremo, el *periculum in mora* es el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar, sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, nuevo parámetro esencial, no se agota en la fórmula clásica de irreparabilidad del perjuicio,

sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que de modo inmediato pueda producirse una situación que haga ineficaz el proceso, si bien se debe considerar que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales (sentencia 10 de noviembre de 2003). Éste es el fundamento último de la regulación del artículo 133 de la Ley, que parte de una consideración amplia de las medidas que pueden adoptarse al establecer que serán “las adecuadas para evitar o paliar los perjuicios”, aunque la medida típica por excelencia es la caución.

La caución impuesta al demandante pretende, dentro de una mínima prudencia judicial, compensar a la administración de los daños que pueda causar la inevitable incertidumbre que provoca, para ambas partes, el fallo de toda sentencia en relación con la determinación de quien se va a alzar con la razón.

A este respecto, la Ley amplía las posibilidades de constituir caución pues, frente a la regulación de 1956 que exigía su constitución “en metálico o fondos públicos, depositados en la Caja General de Depósitos o en las sucursales de provincias o en las de las Corporaciones locales respectivamente; o mediante aval bancario”, la nueva Ley dice que podrá constituirse “en cualquiera de las formas admitidas en derecho”, sin limitación alguna.

La caución se instrumenta como una carga procesal y *conditio iuris* de la eficacia de la propia medida cautelar ya que la medida cautelar acordada —dice el 133.2— no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos. A ello se añade la propia afeción de la caución, durante un año, al abono de los daños que la práctica de la medida hubiese podido originar conforme a principios similares a los que rigen la responsabilidad extracontractual ya que —como establece el artículo 133.3— “levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la administración o la persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños sufridos, podrá solicitar ésta ante el propio órgano jurisdiccional por el trámite de los incidentes dentro del año siguiente a la fecha del alzamiento. Si no se formulase la solicitud en dicho plazo, se renunciase a la misma o no se acreditase el derecho se cancelará la garantía constituida”.

De esta forma, no constituye obstáculo para la adopción y práctica de cualquier clase de medida cautelar, presupuesta su necesidad para evitar la preservación del interés preponderante, la eventual causación de daños o

perjuicios irreparables o de muy difícil reparación u otros intereses concurrentes en conflicto, pues éstos encontrarán su garantía en todo caso en la mayor extensión de la caución.

Antes de pasar a analizar muy someramente algunas cuestiones procedimentales, procede señalar que el criterio de la ponderación de intereses generales y de tercero es, en la letra del artículo 130.2 de la ley, criterio rector para denegar la medida cautelar cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada. Este criterio de ponderación de interés es, en opinión del Tribunal Supremo, “complementario al de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia”, entre la que cita el Auto de 3 de junio de 1997 al señalar que “cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto”.

2. Procedimiento

La pretensión de adopción de una medida cautelar se configura, de acuerdo con el artículo 131, como un incidente cautelar sustanciado en pieza separada y que será resuelto en un plazo breve, 15 días, precisamente porque lo que se trata de conseguir con el mismo es asegurar los efectos del proceso.

En los artículos 129 a 136 se especifican algunos aspectos concretos del régimen de las medidas cautelares. Entre éstos pueden citarse los siguientes:

Adopción en cualquier momento del proceso (artículo 129), si bien con dos excepciones: para el caso de disposiciones generales la petición habrá de efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda, y para el caso de inactividad de la administración y vía de hecho cabe la posibilidad de solicitarlas antes de la interposición del recurso. Esta libertad de petición, siempre que no haya recaído sentencia firme, amplía de una manera plausible las posibilidades de apreciar los eventuales perjuicios que puedan derivarse a lo largo del proceso por la prematura ejecución de los actos impugnados.

Audiencia de la parte contraria (artículo 131). Para el caso de que la misma sea una administración pública, la Ley trata de salvar la falta de personación de la administración demandada estableciendo que la audiencia a la parte se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada.

Comunicación de la adopción de la medida al órgano administrativo que hubiese dictado el acto (artículo 134), el cual deberá ordenar su publicación en el diario oficial si la suspensión se refiere a un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas.

La medida de suspensión es inmediatamente ejecutiva (artículo 134), siendo aplicable la regulación prevista para la ejecución de sentencias, de modo similar a como la hacía el artículo 125 de la Ley de 1956.

Posibilidad de adoptar medidas cautelares provisionalísimas (artículo 135).

Con el término medidas cautelares provisionalísimas se conoce la posibilidad de adoptar medidas cautelares por parte de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, mientras se sustancia el incidente de suspensión, a fin de preservar la efectividad de la resolución que pueda recaer.

Esta posibilidad tiene su origen en dos autos bien conocidos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993. En estas resoluciones se declara la aplicación supletoria de las medidas cautelares atípicas o innominadas del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil conforme a la disposición adicional sexta de la Ley de 1956 y se concluye en la posibilidad de acordar la medida de suspensión con carácter provisionalísimo, incluso “inaudita parte”, cuando su eficacia así lo exija, entre tanto se tramite y resuelva sobre la medida cautelar definitiva en la correspondiente pieza de suspensión. Los presupuestos a los que ha de atenerse el Tribunal para acordar la suspensión, según el Tribunal Supremo, son los propios de la suspensión ordinaria; es decir, la ponderación de intereses, la apariencia de buen derecho, la nulidad del acto, la irresponsabilidad de los perjuicios, el quebranto para los bienes públicos, etcétera. Estas excepciones al principio contradictorio ya se recogen en el derecho comunitario (artículos 83 y 84 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 1991) y pueden encontrar su fundamento en la tutela judicial efectiva que exige la propia efectividad o utilidad del procedimiento cautelar. Los rasgos más destacados de esta medida son los siguientes:

La posibilidad de adoptar la medida “inaudita parte”, si bien se reconoce un cierto carácter contradictorio a la adopción de las medidas instaurándose la

audiencia de parte afectada en el breve plazo de tres días, atemperando así un tanto la inicial formulación jurisprudencial.

Se prevé la posibilidad de modificación o levantamiento de las medidas provisionalísimas ya que no ha de olvidarse el carácter accesorio e interdependiente de estas medidas, determinante de la confirmación o en su caso revocación o modificación de las mismas; así, se levantarán las medidas si no se adoptó acuerdo de suspensión o de práctica de otra medida cautelar, se modificarán para adaptarlas a la propia intensidad de la medida cautelar adoptada, conforme a los principios de congruencia o proporcionalidad, o se confirmarán en el propio auto que ponga fin al incidente.

3. Supuestos especiales

Por las especiales características que adquiere la actuación administrativa en determinadas situaciones, la Ley ha distinguido una serie de especialidades en varios supuestos.

Impugnación de una disposición general. En este caso, si los interesados quieren solicitar la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados habrán de hacerlo en el escrito de interposición o en el de demanda. Lo que se persigue con esta actuación es evitar la consolidación de situaciones firmes e irreversibles durante el tiempo de litispendencia del proceso dirigido a obtener la declaración de nulidad de la disposición general ya que ello podría conllevar limitaciones para el fallo.

De todo lo anterior se deduce que el Tribunal competente para adoptar la medida es el que lo sea para conocer del recurso directo o de la cuestión de ilegalidad puesto que sólo a través de estos dos procedimientos puede atacarse la vigencia de los preceptos de una disposición general.

Actos de contenido negativo. En relación con los actos de contenido negativo, la solución que tradicionalmente ha venido ofreciendo el Tribunal Supremo ha sido su denegación.

Del análisis de la jurisprudencia se deduce que solamente se otorga la suspensión en los supuestos en los que un determinado acto suponga la clausura de una actividad industrial o un negocio en los que se podrían producir perjuicios o daños de imposible o difícil reparación. En todos los demás casos, el alto Tribunal estima que resulta improcedente la suspensión de actos administrativos de contenido negativo puesto que, en caso contra-

rio, por vía cautelar se produciría el otorgamiento de lo pedido en vía administrativa lo que no se ajusta a la naturaleza de la suspensión solicitada para mantener la situación anterior al acto impugnado y no para crear una situación jurídica nueva por esta vía.

No obstante esta línea jurisprudencial, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha acordado en algunas ocasiones (autos de 21 de marzo de 1991 y 29 de marzo de 1993) la imposición a la administración de una determinada conducta, como medida cautelar durante el proceso de impugnación de un acto administrativo negatorio.

Con la nueva regulación, que admite la posibilidad de solicitar medidas cautelares en los casos de actos, disposiciones, actividad de la administración y vía de hecho y amplía las medidas a adoptar a otros supuestos distintos de la suspensión parece que hay que estimar la inexistencia de limitación alguna derivada de la naturaleza de la actuación que motiva el proceso.

Inactividad de la administración y vía de hecho. Para estos supuestos el artículo 136 de la Ley establece una presunción favorable a la adopción de la medida cautelar; presunción que sólo puede destruirse mediante la acreditación de la situación o perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

Además, el segundo apartado de este mismo artículo reconoce la posibilidad de solicitar medidas cautelares con anterioridad a la iniciación del proceso sometidas a la condición de petición de notificación por el interesado al interponer el recurso, interposición que deberá realizarse en el plazo de diez días desde la adopción de las medidas cautelares.

Actos que afecten a los derechos fundamentales y libertades públicas. La Ley regula en el Capítulo I del Título V (artículos 144 a 122) el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de las personas, en desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución.

A los efectos que ahora interesan, lo más destacable es la supresión de la suspensión prevista en el ya derogado artículo 7.4 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Este precepto establecía la suspensión del acto impugnado salvo que se justificara la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general. Sin embargo, pese a la dicción literal del precepto, la jurisprudencia terminó exigiendo los requisitos ordinarios para adoptar la medida cautelar de suspensión.

Así, en este aspecto concreto, la Ley recoge una práctica jurisprudencial ya consolidada y no hace mención alguna en la regulación de este procedimiento a medidas cautelares específicas por lo que se aplicará el régimen general. En este sentido, el legislador parece considerar que la brevedad de los plazos de este procedimiento especial hace que no sea necesario establecer regulaciones específicas en materia de medidas cautelares.

El caso especial de la suspensión de acuerdos de corporaciones o entidades públicas. Al amparo del artículo 111 de la ley 30/1992, todo acto administrativo puede ver suspendida su ejecutividad al ser impugnado en vía administrativa. Estas resoluciones son de carácter administrativo y no están relacionadas con la suspensión cautelar acordada en vía jurisdiccional y regulada en los artículos 129 y siguientes de la Ley.

De este mismo carácter administrativo participa la suspensión previa de acuerdo de corporaciones o entidades públicas prevista en el artículo 127 de la Ley. Esta medida ya estaba contenida en nuestro ordenamiento (artículo 67 de la Ley de Bases de Régimen Local) y, la nueva Ley la recoge extendiendo su aplicación no sólo a las entidades locales sino también a los actos y acuerdos de cualquier entidad pública siempre que dicha posibilidad esté expresamente prevista por las leyes.

V. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

La exposición de motivos de la Ley actual destaca la atención que la norma presta a las medidas cautelares ampliando su tipología anteriormente limitada únicamente a la suspensión. Por ello, la Ley parte de una regulación análoga a todas las medidas cautelares con independencia de cuál sea su naturaleza con el criterio de adopción de que la ejecución del acto a la aplicación de la disposición puedan hacer perder su finalidad al recurso, pero siempre sobre la base de la ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto. Por ello, como señala la exposición de motivos, la suspensión ya no puede ser la única medida cautelar posible por lo que es el juez o tribunal el que debe valorar la adopción de las que, según las circunstancias, fuesen necesarias.

Como corolario de todo lo dicho hasta aquí, podemos afirmar que el texto de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es un serio intento de encontrar un equilibrio —siempre dinámico— entre la ejecutividad de la actuación administrativa y el respeto a los

derechos de los ciudadanos. Para ello, se pone en manos de los jueces un instrumento —la aplicación de medidas cautelares— enmarcado en sus propias facultades para paralizar cautelarmente la actuación administrativa en función de la ponderación de los intereses —todos ellos, públicos y privados— en presencia.

En mi país, España, la incidencia de la Constitución sobre el entero sistema de derecho administrativo, ha traído consigo la necesidad de reinterpretar tantas instituciones, categorías y conceptos que bien se puede decir que el nuevo derecho administrativo español debe ser construido desde la luz constitucional y en el marco de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, posición metodológica que nos lleva a superar “aprioris o perjuicios” caducos y a colocar, con valentía y decisión, a la persona en el centro de este nuevo edificio jurídico.