

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXIX

■ Núm. 2178

■ Mayo de 2015

ESTUDIO DOCTRINAL



La aparente bondad del sistema de *numerus apertus* de las medidas cautelares

Santiago González-Varas Ibáñez



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-15-001-5

www.mjusticia.es/bmj

CONSEJO DE REDACCIÓN
BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

DIRECTOR

D. Antonio Pau

*Registrador de la Propiedad y
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y
Legislación*

SECRETARIO

D. Máximo Juan Pérez García

Profesor Titular de Derecho Civil

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Enrique Peñaranda Ramos

Catedrático de Derecho Penal

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Excmo. D. Francisco Marín Castán

Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Excma. D.^a Encarnación Roca Trías

Magistrada del Tribunal Constitucional

Catedrática de Derecho Civil

Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

D.^a Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

D.^a Nieves Fenoy Picón

Profesora Titular de Derecho Civil

D. Ángel Menéndez Rexach

Catedrático de Derecho Administrativo

D.^a Teresa Armenta Deu

Catedrática de Derecho Procesal

ENLACES DE CONTACTO

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

Suscripción al Boletín

La aparente bondad del sistema de *numerus apertus* de las medidas cautelares

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

*Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Alicante*

Resumen

Este trabajo explica ciertas claves del sistema cautelar de justicia administrativa, expone las complejidades que se presentan a la hora de pretender medidas cautelares positivas, aconseja en el plano de la práctica procesal, y debate acerca de posibles soluciones. Al mismo tiempo, esta discusión sobre las medidas cautelares permite plantear una interesante discusión de fondo acerca del contencioso-administrativo en general, es decir, si es conveniente seguir con el actual modelo contencioso-administrativo regido por el antiformalismo, o si es mejor perfeccionar legalmente los presupuestos propios de cada acción procesal y cautelar.

Abstract

This paper explains the judicial administrative review about injunctions («provisionary remedies»), exposes the complexities that arise when pretending these precautionary measures of «positive» nature, and proposes possible solutions. At the same time, this discussion can raise an interesting discussion about administrative judicial review system in general, i.e., whether to continue with the current model governed by the anti-formalism, or if it is better to improve the regulation of each procedural action.

Palabras claves

Medidas cautelares, medida cautelar positiva, antiformalismo, acceso a la jurisdicción, incertidumbre, seguridad jurídica, acciones procesales, anulación, jurisdicción contencioso-administrativa, suspensión, acto administrativo, impugnación.

Key words

Injunctions, provisional remedies, precautionary measures of «positive» nature, anti-formalism, access to justice, uncertainty, legal certainty, procedural actions, annulment, administrative judicial review, suspension, administrative act, challenge.

1. ANTIFORMALISMO, VENTAJAS E INCOVENIENTES. A LA BÚSQUEDA DE PRONUNCIAMIENTOS CAUTELARES POSITIVOS.

En nuestro Derecho se entiende que, con la nueva regulación de la LJCA 29/1998, de 13 de julio, en materia cautelar¹, concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, perfilándose *un sistema de numerus apertus, de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo*. En un plano legal sería así, sin perjuicio de que en el plano jurisprudencial (que al menos, en esta materia, es lo que más importa) pudieran encontrarse, antes de la LJCA 1998, algunos posibles testimonios de cautelares materialmente positivas, en el marco de la suspensión; o sin perjuicio de que, tras la citada LJCA (pese a lo expuesto), no se observe la claridad suficiente, acerca de si realmente tales cautelares positivas, en el fondo, no siguen enfocándose desde el punto de vista del marco general de la suspensión del acto.

En todo caso, las cautelares positivas se verían en principio inmersas en ese marco general cautelar o indiferenciado (*numerus apertus*) del artículo 129 de la LJCA, aparte del 136 al que también aludiremos después.

En concreto, el artículo 129.1 de tal LJCA se remite a «cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia», y, el artículo 727.11^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) –supletoria de la LJCA–, se refiere a las medidas «que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio» (STS de 6 de febrero de 2007, rec. 6632/2004).

En lo ventajoso, el *quid* estaría en principio en evitar formalidades especiales para facilitar que el asunto llegue al órgano jurisdiccional, facilitando un diálogo directo y sin trabas u obstáculos procesales entre la parte y el juzgador, a fin de que éste emita un parecer sobre aquello que procede o no resolver en el supuesto concreto, otorgando *las cautelares que se precisen a su juicio*, en su caso de carácter materialmente positivo. Se prevé un cauce general cautelar, y no la obligatoriedad de encauzar el interés cautelar positivo a través necesariamente de una pretensión de tal carácter ad hoc, o con propia especificidad, con tal de no perturbar esa finalidad esencial de evitar, primero, posibles formalismos o dificultades

¹ La importancia en general de las medidas cautelares ha sido enfatizada por la mejor doctrina en los últimos tiempos: SORIANO GARCÍA, J. E., «Urbanismo y corrupción: medidas cautelares, única solución», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, ISSN 1133-4797, nº 36, 2010, pp. 225-246.

en el acceso a la justicia administrativa y, segundo, posibles trabas a la hora de enjuiciar el caso para decretar las medidas adecuadas que mejor procedan en Derecho en el supuesto concreto.

Tras la LJCA de 1998 deja de hablarse de la suspensión de la ejecución de un acto (artículo 122 de la LJCA de 1956), para hablarse, en general, de medida cautelar (artículos 129 y ss. de la LJCA de 1998). La LJCA lo dice claramente cuando comienza su regulación sobre las medidas cautelares: «los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso *la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*». La LJCA corrige de esta forma la redacción de los proyectos de LJCA precedentes, que distinguían entre «efecto suspensivo» y «otras medidas cautelares».

Así pues, por un lado, el artículo 130 se refiere a las cautelares en general que hagan falta para asegurar al sujeto cautelarmente². Y, por otro lado, además, se introduce una medida cautelar (en el artículo 136) que quiere ser necesariamente positiva y corresponderse con las pretensiones para

² Siguiendo la STS de 2 de noviembre de 2006: «la tutela cautelar responde a la necesidad de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional e integra el derecho a la tutela judicial efectiva, y, aun partiendo de la regla general de ejecutividad del acto administrativo, autoriza su suspensión o la adopción de otra medida paliativa si concurre un auténtico peligro para los intereses del recurrente en la demora del proceso *–periculum in mora–* que, ponderado junto a los intereses públicos y de terceros que exijan su ejecución, resultara prevalente y digno de tutela. El régimen jurídico de la tutela cautelar introducido por la Ley 29/1998, de 13 de julio, tiene como condición necesaria, aunque no suficiente, la pérdida de la finalidad legítima del recurso en el caso de no adoptarse la medida cautelar que se interese, medida que ya no tiene por qué ser necesariamente la de suspensión del acto, sino cualquiera, positiva o negativa, que sea necesaria para preservar el efecto útil de la sentencia, ya que como reza literalmente el art. 130.1 LJCA “la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”. Es por ello que todo análisis de una pretensión de tutela cautelar ha de comenzar necesariamente por verificar la concurrencia de dicha condición necesaria aunque no suficiente, puesto que de no concurrir procede su denegación y deviene ocioso todo otro comentario, pese a que, con una deficiente técnica legislativa, el art. 130.1 LJCA parece dar a entender que resulta previa la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, conclusión errónea, ya que es manifiesto que dicha ponderación de intereses es ociosa si no concurre la condición necesaria de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, y por tanto dicho juicio de ponderación de intereses, por exigencias de la lógica y razones de economía, debe seguir necesariamente a la verificación de la condición necesaria. La pérdida de la finalidad legítima del recurso ha sido equiparada por la doctrina jurisprudencial (STS de 18 de noviembre de 2002 y las que en ella se citan) a la creación de situaciones irreversibles con merma del principio de identidad entre lo dispuesto en el fallo y la ejecución posible del mismo, o bien a la causación de perjuicios irreparables o difíciles de reparar», etc.

requerir una prestación del artículo 29 de la LJCA de 1998 y para las vías de hecho.

En la práctica procesal lo importante es el planteamiento «material» de hacer valer el *periculum in mora* y demás presupuestos materiales valederos para todo tipo de pretensión cautelar. En esencia, si se quiere tener éxito en la pieza cautelar, hay especialmente que hacer valer que la sentencia que resuelve el fondo del proceso, aun siendo estimatoria, sería inservible para tutelar al interesado, porque el recurso habría perdido su finalidad legítima. También es aconsejable acreditar siempre los posibles daños, con posible apoyo documental. En la práctica «procesal» el artículo más relevante es el 130 (del artículo 136 en principio parece mejor olvidarse).

En este contexto procesal, a veces *bastará* con la simple suspensión y otras veces podrá ser necesario, para la tutela del interesado, una medida de tipo positivo.

Pero, al margen del caso de la suspensión del acto de gravamen (multa, orden, derribo, etc.), que funciona (en términos esenciales) con la coherencia propia del contencioso-administrativo (tradicional o anulatorio) «al acto», en cambio en las posibles cautelares «positivas» se reflejan las mismas dificultades que, en general, viene teniendo el contencioso «prestacional», entendiéndolo por *tal contencioso* la situación referida a cuando se pretende un «acto o actuación», más allá de la simple anulación (por ejemplo, el cierre de un establecimiento molesto, un pago, el acceso a un centro, una licencia, una subvención,). En lo cautelar, son los supuestos en que el particular pretende una cautelar materialmente identificable como de tipo positivo. Y, en lo no cautelar, sino general, son los casos en que el recurrente pretende algo positivo (tales actos o actuaciones). Según la LJCA la acción procesal de referencia, del proceso principal, en estos supuestos, es la acción por la que se pretende una prestación o acto (artículo 29.1), o bien el cauce general de la impugnación anulatoria de la denegación expresa o presunta de tales peticiones por las que se requieren tales actos o actuaciones. En definitiva, las pretensiones cautelares (suspensiva o positiva) se relacionan con las pretensiones del proceso principal (respectivamente, anulatoria, o prestacional o de condena). Esta última pretensión no está normalizada en el articulado general de la LJCA, encauzando a través de ella todos los posibles intereses jurídicos por los que se pretende un acto o actuación, ya que este interés jurídico se sigue encauzando generalmente a través del cauce general impugnatorio-anulatorio de actos. Se trata de impugnar la denegación de la solicitud por la que se insta la prestación, o la simple no

contestación. El acto que deniega la petición en vía administrativa, de forma expresa o presunta, es lo que se viene considerando el objeto del proceso. No se parte de la identificación del derecho del sujeto a un acto o actuación que ha de dictarse (si la sentencia es estimatoria) para amoldar a tal interés la acción procesal.

Al parecer, el descubrimiento de que la acción cautelar no es *sólo* suspensiva, por contener un carácter positivo, puede ayudar a la denegación de la cautelar. La STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco núm. 801/2006, de 2 de noviembre, argumenta que «la mercantil apelante alega que en el escrito de interposición del recurso en el que solicitó la medida cautelar ya anticipaba *que no se trataba de solicitar la suspensión de la ejecutividad del acto recurrido, sino la adopción de una medida cautelar positiva relacionada con el mismo*, porque el formal cumplimiento de la legalidad urbanística mediante el derribo del mirador conllevaría una grave infracción material del orden urbanístico (...)». «El Ayuntamiento de ... se opuso al recurso alegando que el acto recurrido es un acto negativo que no modifica ni altera la situación jurídica previa del recurrente y de acuerdo con una arraigada doctrina jurisprudencial *no cabe en relación con él la concesión de medida cautelar positiva pues equivaldría a la estimación del fondo del asunto en sede cautelar (...)*». Para la STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 260/2006, de 6 de marzo «tal como expresa el auto recurrido, la medida cautelar coincide sustancialmente con la pretensión del propio recurso, y la medida cautelar no puede alcanzar a lo que es propiamente la pretensión principal».

Pensamos que podría dejarse, en cambio, siempre clara la procedencia en lo procesal de toda acción cautelar positiva, sin perjuicio de que pueda ser normal su denegación, en estos casos, si es que supone un prejuzgamiento del fondo del recurso (pese a que tal prejuzgamiento no sería el caso, cuando existiera «una necesidad especial de protección jurídica respecto» de la prestación de referencia). Por tanto, la denegación se fundaría en tal presupuesto y no en la improcedencia de una cautelar por el hecho de ser materialmente positiva, si es que esto quiere decirse.

Las cautelares positivas se descubren dentro de un maremágnum jurisprudencial que nos aporta mensajes o posibles referencias de contenido bastante variopinto, o, si se prefiere, informal, sin criterios claros. Puede ser que, ab initio, se deniegue tal cautelar, alegando el órgano jurisdiccional que no procede tal pronunciamiento porque ello supone prejuzgar el fondo del asunto (en el fondo sigue vigente la regla según la cual no procede la cautelar porque no hay nada que *suspender*).

En suma, puede llegarse a *disponer* libre o discrecionalmente sobre el Derecho procesal, porque se llega a decidir sobre la procedencia o no de la cautelar, en función de si ésta es positiva o es suspensiva.

En el fondo se sigue pensando que en estos casos no puede accederse a la cautelar porque no se puede de facto suspender. Si se descubre carácter positivo a la cautelar requerida una posible salida judicial normal ha venido siendo la de aplicar la teoría de la *improcedencia de la suspensión de actos negativos*, alegando que «la suspensión de denegaciones de reconocimiento de derechos entraña algo más que una simple suspensión, pues implica de hecho un otorgamiento, siquiera sea provisional», «con lo que la medida cautelar se transforma en una estimación anticipada, aunque no definitiva de la pretensión de fondo» (AATC 811/1985 y 144/1990; ATS de 16 de marzo de 1995: «el artículo 122 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa sólo contempla actos administrativos de contenido positivo, que por incidir gravemente en el patrimonio del actor puedan ocasionarle daños o perjuicios de reparación imposible o difícil»).

Así, se afirmará que «parece claro que no hay nada que suspender y esto es lo que ocurre con los *actos negativos* que se limitan a denegar una petición» (ATS de 13 de julio de 1994; de 6 de octubre de 1995) y «que no modifican o alteran la situación jurídica, preexistente, tal como acontece en el acto impugnado objeto de la solicitud de suspensión» (ATS de 18 de enero de 1995; STS de 12 de abril de 1998). Por su parte, la STSJ de Cataluña núm. 414/2006, de 4 mayo, deniega la medida cautelar porque el acto es de contenido negativo (la suspensión supondría la adopción de una medida cautelar positiva de realojo provisional).

Así todo, las posibles opciones de que se otorgue una medida cautelar materialmente positiva parecen poder pasar por la vía de la propia suspensión del acto, siguiendo la lógica general del contencioso suspensivo anulatorio-impugnatorio. Es preferible seguir ese iter, en vez de invocar el carácter positivo de la cautelar que se precisa. Los criterios tradicionales siguen apareciendo como criterios de fondo. «Procede *la suspensión de la ejecución del acto de no renovación* de la licencia de apertura y funcionamiento para un salón recreativo» (STS de 13 de mayo de 1996). Sin embargo, parece más coherente y sencillo afirmar, en este caso, que al sujeto se le concede cautelarmente el mantenimiento de apertura del establecimiento, mientras se tramite el proceso. El propio Tribunal Supremo termina reconociendo el «carácter positivo de la medida cautelar», pese a que (en esta ocasión) ello «no obsta *la suspensión* del acto».

Esta lógica, en lo cautelar, es fiel reflejo de las acciones en el proceso principal: también cuando se pretende un acto o actuación (es decir, una prestación, o conducta positiva) es preferible en la práctica procesal canalizar este tipo de peticiones a través del cauce general tradicional de la acción de anulación de un acto, bien recurriendo la denegación expresa o bien la presunta, respecto de las posibles solicitudes dirigidas a la Administración con tal finalidad. Una vez anulado el acto que ha de estar presente para el acceso a la jurisdicción (pese a que tal «acto» puede ser inexistente, una pura ficción creada por el silencio administrativo; o una simple denegación sin contenido material regulatorio alguno), la sentencia podrá otorgar la prestación requerida, conforme al principio de congruencia y para evitar indefensión del interesado. Es decir, al igual que ocurre en el proceso principal, tampoco en las cautelares están normalizados los pronunciamientos de condena. Estos no se encauzan con carácter ordinario o general a través únicamente de las pretensiones de tipo prestacional o condenatorio (que tienen reflejo en el artículo 29 de la LJCA), ya que no están éstas normalizadas jurídicamente, además de que la pura práctica procesal corrobora que resulta hasta preferible a tal efecto seguir el cauce procesal general impugnatorio-anulador cuando se pretenden prestaciones, actos o actuaciones. La acción en cuanto tal, sea cautelar o no, se refiere a un acto, para su impugnación, y depende del juez adoptar (si lo hace) medidas positivas o simplemente anulatorias.

Es más, en lo cautelar, la LJCA, estableciendo un sistema de *numerus apertus*, lejos de distanciarse de la LJCA de 1956, está hasta confirmando más si cabe su propia esencia, porque nada más característico de tal texto legal que el hecho mismo de que la pretensión sea única, impugnatoria, contra un acto, sin tener siquiera carácter tanto únicamente anulatorio o suspensivo, como simplemente impugnatorio o de vehículo general (*numerus apertus*) para las peticiones de distinto signo.

En esta misma lógica anulatoria-suspensiva por la que se canaliza lo prestacional-positivo, y de otorgar primacía a una solución de fondo al margen de mayores exigencias procesales, el ATS de 29 de febrero de 1992 (FJ 3) extrae «consecuencias positivas» de la suspensión cautelar del acto negativo (denegación de licencia), concediendo por tanto la «suspensión».

Junto al criterio de los actos de contenido negativo otras veces la jurisprudencia viene aplicando un complicado y poco certero criterio de

suspensión de la denegación, a efectos de poder conceder la suspensión del acto denegatorio de la prestación o solicitud, obteniendo así un resultado «positivo».

En esta línea, los órganos jurisdiccionales manejan un complejo criterio «de la *suspensión de la suspensión*», es decir, de la suspensión cautelar de un acto por el cual se paraliza o «suspende» la ejecución de una obra, declarando su improcedencia y denegando la medida cautelar (STS de 1 de febrero de 1996).

Lo propio es que la aplicación extensiva de la suspensión se haga precisamente para denegar los pronunciamientos cautelares positivos, por el hecho de que en estos casos no hay nada que suspender. El acto de denegación se puede dado el caso considerar un «acto negativo» siendo impracticable la suspensión y por tanto la medida cautelar. De hecho, cuando un abogado del demandado o del codemandado se enfrenta con peticiones de cautelares de este tipo, es lo que se suele alegar, en términos de defensa³.

El antiformalismo (por el que se sitúa el *quid* en hacer fácil el acceso al juez del asunto, para que éste decida lo que le parezca mejor, incluso en lo procesal, con el límite de la congruencia) puede terminar siendo un inconveniente (por su falta de rigor procesal) para la tutela judicial efectiva, al menos en comparación con otra alternativa de modelo, es decir, perfilar bien las dos acciones procesales cautelares posibles, previendo con sustantividad propia la cautelar positiva, otorgando al sujeto recurrente el poder (bien definido legalmente) inherente a la acción procesal definida legalmente con un contenido más preciso, y obligando por tanto al juez a decidir en consecuencia, sin discrecionalidad en la materia procesal, ya que la discrecionalidad judicial solo puede afectar al fondo del asunto cautelar, pero no al sistema procesal cautelar. No obstante, los abogados y magistrados españoles están acostumbrados a esa otra posición, y tampoco

³ Para la STS de 26 de junio de 1996, es una «medida cautelar positiva la decretada a fin de que no le sea exigido el visado de residencia durante la tramitación del recurso contencioso-administrativo». Resultando que, precisamente en este caso, parece que el caso alude a una cautelar suspensiva propiamente (el supuesto alude realmente a la suspensión de los efectos de la imposición de un visado; igualmente, la STS de 25 de noviembre de 1995, respecto de la denegación de un permiso de residencia como acto de contenido negativo que se suspende).

falta cierta doctrina que enfatiza (sin faltar razones) las bondades del contencioso antiformalista de la discrecionalidad judicial⁴.

Al menos, desde el momento en que la LJCA de 1998 ha dado un paso adelante reconociendo acciones diferenciadas en los artículos 29 y 136, se abre la posibilidad de perfeccionar ese modelo, mediante la normalización del ejercicio de tales posibles acciones a fin de que se encaucen todos los intereses de tipo «positivo» o prestacional a través de tales acciones, reservando la anulación al caso en que realmente interese tal anulación o una simple consecuencia a través de una pretensión de plena jurisdicción de carácter acotado y no extensivo. En su lugar, recordemos que el contencioso-administrativo viene partiendo tradicionalmente de la mejor conveniencia de un modelo de única acción impugnatoria, de fácil acceso a la jurisdicción, para que después el juez decida lo más ajustado a la realidad del caso planteado. Es este un debate que va a plantearse cada vez más, es decir, la discusión entre el modelo de las acciones perfectamente predefinidas legalmente con propia sustantividad, otorgando el poder al recurrente de predefinir el fallo (en lo procesal) de la sentencia judicial, o el del antiformalismo de la discrecionalidad judicial.

En este contexto tradicional, que sigue imperando la praxis contencioso-administrativa, no puede extrañar que casi nunca en la jurisprudencia se relacione la pretensión cautelar con la pretensión de fondo (anulatoria, o prestacional o de condena), ni por tanto con el tipo de resolución judicial igualmente anulatoria o condenatoria.

El mundo cautelar es simple reflejo de un problema más general, pese a que es donde acaso mejor se aprecie todo este debate, así como las

⁴ La postura en favor de la flexibilidad y el antiformalismo tiene indudables ventajas y es la postura que se sigue por la mejor doctrina de nuestro Derecho administrativo. En este sentido, por todos, GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, 3ª ed., Madrid, 1998; del mismo autor, «La pretensión procesal administrativa», RAP, 12, 1953, pp. 77 y ss. Esta doctrina tiene el indudable mérito de haber sabido explicar este fenómeno y dotarlo de debido rigor científico, explicándolo magistralmente. Es normal, en nuestro Derecho, que tal posición esté tan arraigada que pueda seguirse incluso de forma más o menos inconsciente por los demás autores.

La posible posición alternativa, de establecer dos acciones diferenciadas, vinculando al juzgador a sus presupuestos propios, cuenta, no obstante, también con el refrendo de una doctrina de prestigio, básicamente los administrativistas alemanes.

Ahora bien, esta teoría es hoy día también puro Derecho español, con apoyo en el artículo 24 de la CE. Puede verse GONZÁLEZ-VARAS: *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo 3, contencioso-administrativo, segunda edición, Editorial Civitas, Madrid, 2013.

propias ventajas y desventajas de ambas concepciones del proceso administrativo, primero la tradicional o mixta (entre lo subjetivo y objetivo) propia de nuestro proceso; o la más subjetiva del proceso contencioso-administrativo propia del Derecho alemán o de todo aquel que quiera profundizar (en nuestro derecho) en el artículo 24 de la CE haciendo un Derecho coherente con tal artículo.

En el fondo, la configuración del sistema procesal, vigente entre nosotros, procede del hecho de la posición procesal central del acto administrativo (lo que es propio de una concepción de índole objetiva del proceso administrativo): también las opciones «en lo cautelar» pasan por una impugnación de tal acto y el desarrollo de un juicio en torno a tal acto administrativo. La concepción plenamente subjetiva parte, en cambio, de la identificación de los derechos o intereses subjetivos, en sus relaciones jurídicas con la Administración. Los «identifica» y, a continuación, define las acciones procesales por referencia a tales intereses.

Ahora bien, en este contexto, de acaso cierta vaguedad procesal, pese a las ventajas del «todo es posible», otras veces la respuesta del órgano jurisdiccional sorprende con la procedencia de la cautelar positiva (en este sentido, el famoso ATSJ del País Vasco de 21 de marzo de 1991; Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de febrero de 2005), aunque generalmente se entremezclen argumentos relativos a la suspensión de la ejecución del acto. Es decir, no puede decirse que sean desconocidas las cautelares positivas⁵.

⁵ Dice la resolución citada en último lugar: «CUARTO.—El art. 135 de la LJCA, permite que el Juez o Tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia, que concurren en el caso, adopte cualquier medida cautelar sin oír a la parte contraria. En este caso, las circunstancias antes indicadas aconsejan la *adopción de una medida cautelar positiva* que permita al demandante participar en el proceso selectivo, ya que la realización de la última prueba está prevista para los primeros días del mes de marzo. Con independencia del resultado que pueda tener el juicio pendiente ante la Jurisdicción Social que no se llevará a cabo presumiblemente antes de la fecha señalada, es evidente que este recurso precisará de un tiempo razonable para ser resuelto, período que superará con creces el tiempo fijado para la realización de la tercera prueba, de modo que de no adoptarse esta *medida la ejecución del acto haría perder al recurso su finalidad legítima*, dada la proximidad de la fecha del examen. Por lo demás, la adopción de esta medida positiva no produce perjuicio alguno a los intereses públicos, puesto que se limita a permitir que el aspirante participe en la tercera prueba del proceso selectivo y que sea evaluado con arreglo a Derecho. LA SALA ACUERDA: Adoptar la medida cautelar *positiva* siguiente: permitir al demandante Sr. Javier M. R. la realización de la tercera y última prueba del proceso selectivo iniciado por la convocatoria del proceso selectivo de nuevo acceso para proveer 39 plazas, en régimen de personal laboral fijo, grupos A y B, del Departamento de Justicia (convocatoria número L 010/2002)».

Lo suyo es que este tipo de pronunciamientos se «descubran» en el contexto general del artículo 130 de la LJCA de 1998 –en el fondo el sistema «suspensivo» de la LJCA de 1956– (auto del Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 2 de Zaragoza de 16 de noviembre de 2005, pieza 540/2005), sin conexión alguna con las cautelares positivas del artículo 136, incluso posiblemente incidiendo en que la cautelar positiva procede en el contexto de la suspensión del acto.

Es más, en la práctica del proceso contencioso-administrativo español, si se quiere éxito en el ámbito de las pretensiones a una prestación, bien en cuanto al fondo, bien en lo cautelar, parece hasta aconsejable cuestionarse bien la opción (a no ser como refuerzo argumentativo de aquellas otras acciones, de anulación, o suspensiva del acto) de seguir el articulado legal de tales acciones prestacionales o de condena. La costumbre es seguir el medio antiformalista impugnatorio general de la suspensión-anulación, para pedir lo que más convenga al justiciable, probando suerte judicial. El problema es que pueda estar denegándose una cautelar, por el hecho de no ser procedente procesalmente. Surge la duda de si las acciones están siendo objeto de «disposición» por el intérprete.

Como decimos, el descubrimiento de que lo solicitado por el actor es una cautelar positiva puede llevar a su no concesión, porque se prejuzga el fondo. O porque la cautelar positiva se identifica con el criterio (improcedente, como sabemos, salvo casos de nulidad el acto) de apariencia de buen derecho⁶. El hecho de que se descubra que el actor

⁶ En la sentencia del TSJ de Madrid 10392/2007, de 18 de mayo de 2007, se apunta «(...) Ciertamente la medida cautelar que interesó la recurrente en la instancia en el tercer otrosí digo de su escrito de demanda ante el Juzgado, *era que éste impusiera a la Administración demandada la suspensión o cancelación de la anotación de la denegación de entrada* y de sus motivos en el Registro Central de Extranjeros y en la aplicación informática “Adextra”, y es verdad que el Juzgado entendió que la medida cautelar interesada consistía en la suspensión de la ejecutividad de la denegación de entrada de dicha recurrente, por lo que puede considerarse que el Auto apelado incurre en este punto en incongruencia, ya que aunque deniega la medida cautelar, *no analiza la concreta medida cautelar positiva* que se solicitó, por lo que esta Sala va a analizar si efectivamente es procedente tal singular medida, no siendo procedente que apreciada la incongruencia, se devuelvan las actuaciones al órgano *a quo* para que dicte una Resolución congruente con lo que se le solicitó, porque el artículo 85.10 de la Ley 13/1998, también aplicable a las apelaciones contra Autos, le impone resolver sobre el fondo una vez revocada la Resolución apelada. SEGUNDO.—Con independencia de que la actual configuración de las medidas cautelares permite en determinados casos la adopción de medidas como la interesada, lo cierto es que la Sala 3ª del Tribunal Supremo viene negando ya desde hace tiempo que la apariencia de buen derecho constituya el criterio determinante de la concesión de la medida cautelar, y en concreto en materia de expulsiones del territorio nacional, señala reiteradamente que la expulsión del interesado

ejercita una cautelar positiva (y no sólo suspensiva) puede llegar a apoyar la denegación de la cautelar⁷. O acaso es lo que materialmente procede,

sólo determinaría la pérdida de la finalidad legítima del Recurso cuando aquél tenga acreditado, siquiera sea indiciariamente, un arraigo real, familiar, económico o social en España, porque a falta de ese arraigo y (...). Lo anterior determina sin más la desestimación de la apelación (...)».

⁷ Puede citarse la STSJ de Cantabria núm. 325/2007, de 20 de abril de 2007: «SEGUNDO.—La concesión a la recurrente de la *medida cautelar positiva* anteriormente reseñada, a través de la cual, si bien no se otorga la renovación temporal del permiso de trabajo y residencia cuya denegación constituye el objeto del pleito principal, le habilita para permanecer en nuestro país en idéntica situación a aquella en la que se encontraría la actora de haber obtenido la renovación del permiso *se trata de una medida cautelar positiva la cual es otorgada por el Juzgador de Instancia y que debe ser revocada por esta Sala*, ya que siendo de un año la duración de la renovación solicitada, el efecto pretendido en el pleito principal se alcanza en su integridad a través de la medida cautelar, teniendo en cuenta el plazo prudencial de duración de aquél. TERCERO.—El recurrente invoca el arraigo en nuestro país como fundamento de su petición cautelar de concesión provisional de autorización de permiso de trabajo y residencia, indicando que reúne todos los requisitos para obtenerla, cuestión que debe dilucidarse en el proceso principal y que constituye una causa que, en su caso, supondría la suspensión de la orden de expulsión en un procedimiento de esta naturaleza, pero que no constituye un fundamento válido para solicitar una autorización provisional de trabajo y residencia mientras se tramita el proceso principal, por lo que la concesión de dicha autorización provisional supondría, en definitivas cuentas y dada la duración de aquélla, la consecución por la vía cautelar de la pretensión principal, sobre la que todavía no existe pronunciamiento judicial. CUARTO.—Tampoco para el recurrente se derivan perjuicios irreparables o se pierde la finalidad legítima del recurso caso de no acceder al otorgamiento de la medida cautelar positiva interesada, ya que no cabe hablar de amenaza de expulsión, pues dicho procedimiento no puede incoarse en tanto en cuanto penda un procedimiento judicial en el que se ventile la petición de permiso de trabajo y residencia. La parte actora insiste en que no se trata de una medida cautelar positiva, *sino del mantenimiento del statu (sic) quo del apelado que le habilita para permanecer en España*, en tanto en cuanto no se resuelva sobre la cuestión de fondo, *debiendo indicarse al respecto que desde el momento en que la situación del apelado ha sufrido una variación sustancial, pasando de gozar de la autorización de trabajo y residencia a la carencia de la misma por denegación de la renovación, ya no puede hablarse de prolongación y mantenimiento de una situación jurídica precedente, sino de una nueva situación jurídica, consistente en la estancia irregular en España, a través de la cual el Magistrado de instancia autoriza el trabajo y la residencia en España careciendo del oportuno permiso, por lo que procede la estimación del recurso interpuesto, revocando la medida adoptada consistente en que el apelado pueda seguir en España “en su situación de residencia y trabajo”*. QUINTO.—De conformidad con el artículo 139.2, procede la imposición de costas a la parte apelante. FALLAMOS: Que debemos estimar y estimamos el presente recurso de apelación».

Asimismo, puede citarse la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco núm. 98/2007, de 8 de febrero de 2007: «La recurrente pidió la suspensión del acto administrativo recurrido cuando claramente desde su planteamiento cautelar debería entenderse que *lo que se pide no es sin más la suspensión*, sino que el informe de compatibilidad municipal se entendiera a los efectos de la tramitación del procedimiento de autorización ambiental integrada

faltando simplemente una explicación menos confusa en torno a los fallos emitidos ⁸.

Siempre queda la duda de si se llega a la solución más justa, pese a las argumentaciones que se nos ofrecen, o si más bien tales argumentaciones

como no negativo, en lo que interesa asumiendo el argumento de fondo, cuando se razona sobre la apariencia a buen derecho, sobre la existencia cautelar de compatibilidad con el planeamiento urbanístico, *lo que inicialmente significa una medida positiva, que en principio trasciende de lo estrictamente interesado por la recurrente, medida cautelar positiva que la Sala no estima oportuno ni procedente acordar en este momento, singularmente porque supondría sustituir la decisión municipal en esta fase cautelar, lo que no se considera necesario por cuanto que, como hemos dicho, el acto recurrido no impone la clausura o cese de la actividad, que es en relación con lo que se vienen a trasladar la causación de daños y perjuicios irreparables o de difícil reparación en relación con lo que significa la paralización de la actividad, o en su caso la necesidad de traslado, remitiéndonos en relación con ello a las precisiones cuantitativas que la apelante traslada (...)*».

⁸ En la STSJ de Cataluña núm. 940/2006, de 9 noviembre, al parecer, la medida cautelar positiva se invoca a fin de dejar sin efecto provisionalmente una condición que pesaba sobre una licencia de obras condicionando éstas. Acto seguido, el caso se examina observando la apariencia de buen derecho y demás técnicas procesales generales. Y la STSJ Comunidad de Madrid núm. 563/2007, de 26 de marzo: «*El Auto objeto de este recurso de apelación acordó en su parte dispositiva denegar la suspensión del acto impugnado en el recurso del que dimana la pieza de suspensión, considerando que la resolución de expulsión del extranjero no se ha dictado, no hay medida administrativa alguna que vaya a producir efectos inmediatos en perjuicio de la parte actora y sería inadmisibles que las medidas cautelares se empleasen para prevenir la eventualidad de que esa medida se produjera en el futuro.* El recurrente, por su parte, solicitó la adopción de la medida cautelar positiva de imponer a la Administración la obligación de hacer constar la caducidad y archivo del expediente de expulsión en el Registro Central de Extranjeros y en su aplicación Informática “Adextra”. SEGUNDO.— La pretensión de la parte actora de que se revoque el Auto apelado no puede tener favorable acogida por los motivos que a continuación se exponen. El art. 130 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 dispone que (...). En el caso debatido no consta que se haya dictado acuerdo de expulsión y por ello se pretende por el recurrente la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la solicitud de caducidad y archivo del expediente sancionador, como se razona en el Auto impugnado en apelación, *por lo que no cabe suspensión de un acuerdo que no se ha dictado y no queda justificado en modo alguno que si no se procede a la adopción de la medida cautelar solicitada de hacer constar en el Registro Central de Extranjeros la caducidad y archivo, pudiera hacer perder la finalidad legítima del recurso, como requiere el art. 130 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, por lo que ponderando los intereses en juego, debe de prevalecer el interés público, sin que por lo demás el recurrente acredite que la ausencia de la medida cautelar solicitada le produzca daños o perjuicios irreparables, sin acreditar tampoco ninguna otra circunstancia que aconseje dicha medida cautelar, sin perjuicio de lo que pueda resolverse frente a la impugnación del acto administrativo originario. Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de apelación*» (igualmente, la STSJ Comunidad de Madrid núm. 1505/2006, de 7 noviembre, afirmando que el acto administrativo «impugnado» en la demanda es una resolución «presunta» desestimatoria de solicitud, de declaración de caducidad y archivo del expediente de expulsión incoado...).

significan una denegación de justicia. El resultado final, de las decisiones judiciales, más guiadas por impulsos que sobre una base jurídica clara, acaso llegue a soluciones justas en el caso concreto. El caso es que la inmersión del contencioso prestacional en un cauce único (de filosofía anulatoria) parece llevar a una difícil comprensión de tal fenómeno. Parece estar rompiendo sus viejos moldes, tal modelo, pese a su arraigo en la práctica, revelándose la mayor conveniencia de una mayor claridad y un mejor funcionamiento e incluso regulación de cada una de las dos acciones cautelares. Es preciso tener que evitar descubrir tales pronunciamientos en un marco no propicio. En último término, también es importante la argumentación porque ello puede tener repercusiones en las soluciones finales, de tipo práctico, de la justicia, o en el plano de la calidad de las decisiones del sistema judicial. Una cosa es el antiformalismo y otra que finalmente aquel sea un cauce para la confusión y la aleatoriedad ⁹.

La normalización de las cautelares positivas no significaría que vayan necesariamente a otorgarse con mayor frecuencia o facilidad. Se trataría de mayor seguridad jurídica, contando con un cauce ordinario, por el que, con toda normalidad, pueda enjuiciarse (adecuadamente al tipo de pretensión) si procede la cautelar positiva que se requiere, evitando el riesgo de que el juez pueda interpretar que algunos pronunciamientos no son posibles procesalmente, o denegando pretensiones por el hecho de su propia naturaleza. Para la STSJ de Madrid, de 4 de julio de 2000, con núm. 665/2000, «al tratarse de una actividad desarrollada sin licencia no procede suspender la ejecutividad del acuerdo municipal impugnado *ya que, en caso de acordarla, se haría una declaración de naturaleza positiva*, accediendo al otorgamiento de una licencia denegada por el tiempo que durara la tramitación del recurso» (puede verse también la STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 669/2006, de 15 septiembre).

En cuanto tal el artículo 136 de la LJCA (donde se contempla una medida genuinamente positiva) no funciona con normalidad; extraña –al contencioso-administrativo– todo el mundo prestacional aún, configurado éste por vía de excepción y no como un cauce general para todo tipo de pronunciamiento de carácter positivo. Y, de hecho, lo normal es que, por esta vía, el resultado sea incierto y se deniegue la cautelar (ATSJ de Castilla y León, Valladolid, núm. 60/2005, de 28 enero; STSJ de Aragón núm. 787/2004; STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco núm. 798/2000; ATSJ de La Rioja de 11 septiembre 2000; STSJ de Cataluña núm. 1231/2003).

⁹ Véase ATIENZA, Manuel: *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, 2013.

Según la STSJ de Castilla y León, Valladolid, núm. 1683/2001: «Pues bien, siendo la actividad recurrida un conjunto de actos de gestión tributaria, por tanto actos positivos y expresos que determinan y liquidan unas deudas tributarias; resulta a todas luces evidente que no integran un supuesto contemplado en los artículos 29 o 30 referidos y *si ello es así, los presupuestos de adopción de la medida cautelar serán los contemplados en los artículos 129 y 130*».

La cautelar del artículo 136 de la LJCA viene a ser casi un adorno en el sistema procesal; es más, en un contexto general impugnatorio-anulatorio, parece provocar hasta posible confusión. Por otro lado, si el sistema es de *numerus apertus* y no hace falta especificar nada, tampoco se entiende el porqué de esta cautelar de forma diferenciada. Se manifiesta la misma lógica, en las cautelares, que en las pretensiones de fondo (de los artículos 25 y ss. de la LJCA): se reconocen acciones de condena (artículo 29 entre otros), pero finalmente tales condenas o prestaciones se consiguen a través del contencioso anulatorio general.

Cierto que la LJCA de 1998 no contempla, a diferencia de la LJCA de 1956, ya sólo la cautelar suspensiva por la que tenga que canalizarse una cautelar positiva. Ahora se habla de cautelar en general. Pero en el mismo contexto tradicional de fondo: impugnatorio-*suspensivo de actos*.

En todo caso, en el propio marco estricto del contencioso español, no siempre –con las cautelares materialmente positivas– se prejuzga el fondo. Aunque es cierto que tales cautelares positivas puedan tener aplicación acaso excepcional, conforme a sus propios presupuestos (cuando se prevean en la ley), deben otorgarse cuando sea la única forma de tutelar al sujeto (por ejemplo, un particular precisa el cierre cautelar de un establecimiento vecino; o la intervención policial en defensa de sus bienes jurídicos, o un estudiante solicita ser cautelarmente admitido en un centro de estudios, mientras se tramita el proceso contra la denegación expresa o presunta de la petición de ser admitido; o un sujeto precisa un anticipo de la pensión mientras concluye el proceso judicial contra la denegación expresa o presunta de esta petición, etc.).

Y se impondría un cambio de razonamiento: si se otorgan estas cautelares no sería porque se suspende el acto (en puridad el acto es lo que se pretende, no lo que se recurre). Y, si no se otorgan estas cautelares, no sería porque este pronunciamiento no es de recibo procesalmente, ya que, más bien, no procedería la cautelar positiva solicitada (en su caso) cuando el particular no haya hecho valer sus presupuestos materiales, que pueden ser más exigentes en estos casos y porque puede, en el caso

concreto, estar prejuzgándose el fondo del asunto. El *quid* sería lograr que se otorguen cuando tengan que otorgarse, conforme a sus presupuestos propios. Es discutible si el modelo tradicional otorga la debida claridad y certeza. Invoca la sencillez, pero todo parece más complicado al final.

2. CONCLUSIÓN. UN PRIMER DEBATE SOBRE LAS CAUTELARES. PERO TAMBIÉN UN DEBATE SOBRE LAS BASES DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

En primer lugar, las reflexiones anteriores tendrían interés en el contexto concreto de la justicia cautelar, planteando la discusión del posible perfeccionamiento de tal sistema procesal cautelar.

Pero también expresarían aquéllas un debate de fondo más general, la posible opción por una concepción mixta objetiva-subjetiva del proceso administrativo, y antiformalista; o la opción de una concepción más subjetiva acorde al artículo 24 de la CE. En principio, es cierto que el proceso administrativo español no es de naturaleza puramente objetiva, ya que, si bien sigue girando en torno al acto, no se relega el examen de las pretensiones de fondo ejercitadas en el proceso por los recurrentes; porque el principio dispositivo, así como el de aportación de parte (*Verhandlungsgrundsatz*) y sobre todo el de congruencia (con el trasfondo de evitar indefensión –artículo 24–) consiguen que se desarrolle una tutela judicial de las pretensiones de los justiciables que acuden a esta jurisdicción.

Ahora bien, con las ventajas y desventajas que ello conlleva, lo cierto es que sigue definido (tal proceso) en torno al modelo de acción general impugnatoria que se enfrenta con tal acto para que, una vez anulado este (si se estima el recurso), el juzgador exponga lo que mejor proceda a su juicio, encauzando los pronunciamientos de condena o positivos a través de este cauce general, produciendo posiblemente distorsiones o confusiones en este segundo plano, y planteándose la duda de si las singulares argumentaciones de costumbre llegan no obstante al resultado más justo en el caso concreto, o si más bien encubren una posible denegación de justicia. Los enjuiciamientos cautelares de tipo positivo se realizan sin especificidad alguna. Con la LJCA viene a reiterar finalmente la esencia del modelo anterior, pese a lo que parece: un cauce impugnatorio cautelar único a través del cual canalizar el contencioso condenatorio o prestacional (*numerus apertus*). Y, en el fondo, en el marco de la suspensión.

En general, no existen, en el proceso, acciones que, con carácter normalizado, sirvan de cauces procesales *ad hoc* para el ejercicio de los distintos tipos de derechos o intereses (bien anulatorio, bien prestacional), ya que, más bien, sigue primando el hecho de que existe una «acción» única que se configura como un vehículo para la impugnación general de un acto, a través de la que se canalizan todo tipo de peticiones. Esto parece tener la ventaja de evitar posibles complicaciones a la hora de plantear el diálogo con el juzgador, pero tiene la desventaja de su posible ambigüedad e incertidumbre.

Avanzando en la subjetivación del proceso administrativo, en cambio, se perfilarían con sustantividad propia, y normalidad, dos tipos de acciones, respectivamente, anulatoria y (en lo cautelar) suspensiva, por un lado; y prestacional o de condena y (en lo cautelar) «positiva», por otro lado; por referencia a los dos tipos, igualmente, de intereses jurídicos previamente identificados: interés en que se anule o suspenda un acto, o interés en que se dicte un acto o actuación o prestación.

En la concepción más objetiva, se explica que se relegue el aspecto mismo de la identificación de las posibles acciones cautelares suspensivas o positivas; así como la confusión que se genera. Pese a la ventaja, de la amplia disposición del juzgador para decidir lo que más convenga, el problema es si finalmente las soluciones de fondo son materialmente correctas. El hecho mismo de que esto no resulte claro, no hablaría precisamente en favor del actual modelo de la Ley de 1956 a través de la Ley de 1998.

Por tanto, el sistema de *numerus apertus* o innominado (aparte de que no es realmente tal, desde que se prevé una cautelar *especial* en el artículo 136 de la LJCA; y desde que, en el fondo, sigue aplicándose la LJCA de 1956 y su modelo suspensivo), se presenta con la bondad de favorecer al recurrente, evitando cualquier elemento que pueda representar obstáculo formal alguno a la cautelar que, concretamente, pueda querer ser invocada por el actor. Parece presuponerse que una especificación legal de los presupuestos de acciones diferenciadas podría llevar a riesgos de indefensión, o mayor inadmisión del recurso, en el caso concreto. No vemos por qué tiene que ser así. No vemos por qué normalizar el contencioso de las pretensiones a una prestación pueda suponer un obstáculo a la justicia, previendo dos acciones procesales por las que canalizar uno u otro interés (anulatorio o prestacional). Además de que aumenta la seguridad jurídica y la «previsibilidad» de los resultados judiciales. Es cierto que el modelo tradicional español, que sigue

imperando en la praxis actual, tiene el refrendo de una prestigiosa y admirable doctrina, pero también esta otra posición cuenta con refrendos de igual nivel (la doctrina del Derecho alemán; sin perjuicio de algunas voces aisladas en nuestro propio Derecho).

Es éste un posible debate de futuro, que debería plantearse con alguna serenidad lejos de ciertas posiciones un tanto exacerbadas, cuya cita preferimos obviar, examinando las ventajas y desventajas del actual contencioso antiformalista, que se caracteriza por la sencillez en la forma de pedir, y por la aleatoriedad en la forma de dar.

El contencioso de dos acciones correctamente definidas legalmente en favor del recurrente parece otorgar el debido poder al recurrente (el poder inherente a la acción legalmente prevista) para definir el marco procesal de la sentencia. Es éste posiblemente el tema de mayor interés, en cuanto al fondo, de todo el sistema contencioso-administrativo.

Es, por tanto, discutible si lo que más favorece al recurrente no es sino la previsión con propia especificidad de una cautelar positiva, junto a una cautelar suspensiva, asegurando al recurrente que, con tal de invocarla en su recurso con el preciso fundamento, el juzgador queda vinculado a tal pronunciamiento, examinando acto seguido si procede o no, en función de sus presupuestos legales¹⁰.

¹⁰ Por tanto, si la pretensión cautelar se refiere a una pretensión (en el proceso principal) de anulación, contra actos de gravamen o limitación, procedería el efecto suspensivo del acto administrativo, como medida cautelar, ya que lo que interesa al sujeto es la suspensión de los efectos del acto. Si en cambio la pretensión cautelar se dirige a obligar a la Administración a realizar una actuación o hacer cesar una vía de hecho, este tipo de pretensiones habría de canalizarse siempre a través de las medidas cautelares positivas, ya que lo que interesa al sujeto es que la Administración cautelarmente realice una actuación, por ejemplo que actúe contra un sujeto que realiza una actividad molesta paralizando la actividad. El quid estaría en normalizar los pronunciamientos condenatorios, pese a que ello choca con la actual configuración misma del proceso español (con otras ventajas, pero también desventajas). Tendría que existir una correlación entre los dos tipos de intereses jurídicos que esencialmente puede tener el sujeto (bien de suspensión, bien de obtención de una prestación o acto), las dos medidas cautelares posibles (suspensiva y positiva, respectivamente) y los dos tipos de pronunciamientos judiciales factibles (la concesión de la medida suspensiva, o de la medida cautelar positiva). En todo caso, si bien el margen de apreciación judicial es inevitable a la hora de enjuiciar si el interesado hace valer o no los presupuestos materiales propios de cada medida cautelar, la discrecionalidad judicial no debería manifestarse en cuanto a la procedencia o no, procesalmente, de la acción cautelar. Si ha de decretarse una medida cautelar suspensiva o positiva dependerá de la pretensión cautelar ejercitada conforme a su definición *legal*. Si, en cambio, ha de estimarse la pretensión cautelar, dependerá del criterio judicial en atención a los presupuestos del caso concreto. A través de la «medida cautelar

Como decimos, estamos ante un debate general que podría dar que hablar en los próximos años. Ciertamente que su arraigo procesal en la práctica es, no obstante, de tal dimensión, que no hace fácil cualquier otra alternativa. En definitiva, el proceso español tiene su lado positivo, pero plantea «dudas» desde el punto de vista de la certeza jurídica y de la claridad suficiente.

positiva» se canalizarían todas las peticiones de tipo positivo, sin necesidad de un artículo de excepción como el 136 de la LJCA. En esta línea, es significativo que el artículo 128.2 del Proyecto de LJCA (BOCG, 30 septiembre 1995) impidiera plantear la medida cautelar de la suspensión del acto para obtener derechos o facultades cuyo otorgamiento hubiere sido denegado por el acto impugnado, «sin perjuicio de la adopción, en su caso, de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 133 (medida cautelar positiva)». En la línea de las tesis de este trabajo, BACIGALUPO, M.: *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Madrid, 1999, y ciertos autores de Iberoamérica que avanzan en esta misma dirección, o donde al menos estas doctrinas se debaten en cuanto tales doctrinas y no en función del autor que las propugne: RESTREPO MEDINA, M. A. «La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso-administrativo», *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario, Colombia, 2005, vol. 7, pp. 191 y ss.; J.M. CAMPO CABAL, «Perspectivas de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo», en la *Revista del Externado de Colombia*, 1997; CARMONA TINOCO, J. U. en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2391>; www.scba.gov.ar/noticias/fallos/chacur.doc, etc.) o en la doctrina general (VACAS GARCÍA-ALÓS, L. «El Derecho de las Inmisiones y la Protección contra la Contaminación Acústica», *Debate procesal civil digital*, núm. 5, mayo de 2004, etc.).

3. BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, 2013.

BACIGALUPO, M., *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Madrid, 1999.

BECKMANN, K., *Vorläufiger Rechtsschutz und aufschiebende Wirkung: Eine kritische Bestandsaufnahme unter besonderer Berücksichtigung von unaufschiebbaren Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten*, 2008.

BREWER, A. R., *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo 6, 2014.

CAMPO CABAL, J.M., «Perspectivas de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo», en la *Revista del Externado de Colombia*, 1997.

CARMONA TINOCO, J. U., en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2391>.

CASSAGNE, J.C.:

– «Las medidas cautelares en el contencioso administrativo», *LL 2001-B*, 1090.

– *La justicia administrativa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.

FINKELNBURG / DOMBERT / KÜLPMANN, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Madrid, 1992.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo 3, contencioso-administrativo, segunda edición, Editorial Civitas, Madrid, 2013.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.:

– *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, 3.ª ed., Madrid, 1998.

– «La pretensión procesal administrativa», *RAP*, 12, 1953, pp. 77 y ss.

KUHLA / HÜTTENBRINK, *Der Verwaltungsprozess*, 2002.

MAIRAL, H., *Control judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984.

RESTREPO MEDINA, M. A., «La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso-administrativo», *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario, Colombia, 2005, vol. 7, pp. 191 y ss.

SANTOFIMIO GAMBOA, J.O., *Acciones populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos. Un paso en la consolidación del Estado social de derecho*, 2010.

SORIANO GARCÍA, J. E.:

– «Urbanismo y corrupción: medidas cautelares, única solución», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, ISSN 1133-4797, n.º 36, 2010, pp. 225-246.

– *El poder, la Administración y los jueces*, Madrid, 2012.

VACAS GARCÍA-ALÓS, L., «El Derecho de las Inmisiones y la Protección contra la Contaminación Acústica», *Debate procesal civil digital*, n.º 5, mayo, 2004, etc.

VERGARA BLANCO, A., «El recurso de protección como sustituto de una jurisdicción contencioso-administrativa especializada. Elementos para el análisis», en *Gaceta Jurídica*, Santiago, n.º 297, 2005.

Maquetación:

Secretaría General Técnica
Subdirección General de Documentación y
Publicaciones

Enlaces de contacto:

Contacto Boletín
Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de
Justicia
Suscripción al Boletín

