amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 1/2023

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Las medidas cautelares de especial urgencia en el proceso contencioso-administrativo español
(Un análisis doctrinal y jurisprudencial del artículo 135 de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa)

di Antonio Calonge Velázquez

(Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid)

Sommario

I. Introducción; II. El artìculo 135 LJCA; 1. Elaboración del precepto: la LJCA y sus modificaciones; 2. Elementos; 2.1. Elemento temporal; 2.2. Elemento subjetivo; 2.3. Elemento formal; 2.4. Elemento material; 2.5. Elemento teleológico; 3. Algunos problemas interpretativos y sus soluciones jurisprudenciales; 3.1. La irrecurribilidad del auto; 3.2. La comparecencia; III. Conclusiones.

Abstract

This paper looks at work precautionary measures of special urgency, very cautionary or very provisional measures. The study is carried out from both a doctrinal and jurisprudential point of view, highlighting the main interpretive problems posed by its brief regulation and the solutions provided by our Courts.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

I. Introducción

Desde la aprobación de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE), las medidas cautelares o, en términos más amplios, la tutela cautelar fue objeto de atención preferente tanto por la doctrina como por los Tribunales de lo contencioso-administrativo, lo que, ya hace años, nos permitió afirmar que este tema se estaba convirtiendo en un tema "estrella", en una de las piedras de toque de nuestro contencioso-administrativo[1]. Hoy, tras las modificaciones legislativas y jurisprudenciales de que vamos a dar cuenta, ya ha perdido ese carácter estelar, aunque continúa siendo importante.

La doctrina administrativista de nuestro país[2], así como la de otros de nuestro entorno[3] y, también, de la Unión Europea[4], se ocupó de la tutela cautelar haciéndolo aparecer como solución de urgencia a un problema de mayor trascendencia e importancia: la falta de adecuación de nuestro proceso contencioso-administrativo a los principales mandatos contenidos en nuestra Constitución y, de modo más concreto, al derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 CE, calificado, en feliz expresión del profesor García de Enterría de "nuevo paradigma" de la revolución científica que vivimos[5], y muy gráficamente descrito por González Navarro como "un derecho de contenido complejo que –al igual que esas muñecas rusas- alberga en su seno otros derechos, entre ellos y en lo que aquí importa, el derecho a una tutela judicial provisional, que puede obtenerse en un proceso de sumariedad máxima"[6].

Después de la promulgación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), es indudable que se produjo un avance sustancial en la materia superándose definitivamente los

[1] Vid. Mi trabajo "Primera medida cautelar 'provisionalísima' en materia de disciplina deportiva ¿Fin de la ejecutividad de las sanciones deportivas?, *Revista Española de Derecho Deportivo*, nº 5, 1995, p.117.

[2] Vid., por todos, C. Chinchilla Marín, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991 y E. García de Enterría, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1992.

[3] Nos referimos singularmente a Italia, vid., A. Valorzi., *Tutela cautelare in proceso aministrativo*, Verona, Cedam-Padova, 1992. En nuestro país, las medidas cautelares en el proceso administrativo italiano fueron estudiadas por T. Quintana López en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 64, 1989, pp.533-546. En Francia el proyecto de Ley 198 de 2009 del código de justicia administrativa que luego habría de ser la Ley 1437 de 2013, señaló que se proponía fortalecer los poderes del Juez… dentro del proceso contencioso-administrativo en los siguientes temas: … g) En relación con medidas cautelares: las medidas cautelares contempladas en el proyecto se constituyen en el más novedoso y eficaz instrumento para lograr la tutela judicial efectiva", convirtiéndose así las medidas cautelares en un instrumento novedoso, pero también complejo y delicado al momento de ejercer la función judicial.

[4] B. Pastor Borgoñón y E. Van Goinderachter, Eric, *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas* Madrid, Cuaderno de Estudios Europeos, Civitas, 1993.

[5] "La crisis del contencioso-administrativo francés", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 58, 1998, p.179.

[6] F. González Navarro, "El procedimiento administrativo en las corporaciones locales", *Tratado de Derecho Municipal*, I., (dir. Santiago Muñoz Machado), 2ª ed., Madrid, Civitas, 2003, p.651.

ISSN 2036-7821

estrechos límites que establecían los artículos 122-125 de la Ley anterior reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, la Ley de 27 de diciembre de 1956, que reconocía como única medida cautelar posible la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo.

La LJCA cambió por completo el panorama en esta materia, regulándola de una manera novedosa[7], si bien las novedades que incorporó fueron relativas, habida cuenta de que, como muy bien apuntara Chinchilla Marín, "si bien es cierto que comparada con la regulación contenida en los preceptos correspondientes de la Ley de 1956, el cambio es espectacular, la espectacularidad deja de ser tal si se tiene en cuenta la auténtica revolución que en materia de medidas cautelares habían protagonizado hasta la fecha nuestros Tribunales[8].

En efecto, varias Salas de nuestros Tribunales contencioso-administrativos (incluida la Sala de la misma jurisdicción del Tribunal Supremo) y, también, el Tribunal Constitucional se pronunciaron a favor de la tutela cautelar como remedio para asegurar la efectividad de las sentencias. Los citadísimos Autos del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990[9] o de 17 de enero de 1991[10] -por citar los ejemplos más relevantes, contribuyeron a poner en el candelero jurisprudencial y, también, doctrinal a la tutela cautelar, suponiendo un avance más que notable en la materia al introducir el viejo y conocido *fumus boni iuris*[11] como parámetro a considerar por los operadores jurídicos para el otorgamiento de la, en ese momento, única medida cautelar que existía, según hemos puesto de relieve. O, después, los también muy conocidos Autos del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1993, después confirmados por Auto de 11 de enero de 1994 del mismo Tribunal, en los que la Sala entendió necesario acudir a las medidas provisionalísimas, invocando al efecto la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil proclamada por la Disposición Adicional 6ª de la Ley de 1956 y, en concreto, de su artículo 1428 que contempla las medidas cautelares innominadas.

Siendo así, lo cierto es que la LJCA de 1998 fue la primera Ley jurisdiccional de lo contencioso-administrativo que reguló en nuestro país las medidas cautelarísimas

[7] La Exposición de Motivos de la LRJCA resaltó especialmente el tema de las medidas cautelares manifestando, entre otras cosas, lo siguiente: "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 regulación de la materia, amplía los tipos de medidas cautelares y determina los criterios que han de servir de guía a su adopción".

[8] C. Chinchilla Marín, "La tutela cautelar", *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, dirs. Jesús Leguina Villa y Miguel Sánchez Morón, Valladolid, Lex Nova, 1999, p.570.

[9] Ar. 10412 (Ponente: Excmo. Sr. Francisco González Navarro). Un comentario a este Auto, E. García de Enterría, "La nueva doctrina sobre medidas cautelares. La recepción del principio 'fumus boni iuris' (auto de 20 de diciembre de 2990) y su trascendencia general", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 69, 1991, pp.67-82.

[10] Ar. 504 (Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Delgado Barrio)

[11] Sobre esta figura, vid., *in totum* C. Jiménez Plaza, Carmen, *El **fumus boni iuris**: Un análisis jurisprudencial*, Madrid, Iustel, 2005.

ISSN 2036-7821

inaudita parte debitoris, aunque la Ley jurisdiccional anterior, la de 1956, ya había admitido al amparo del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la adopción de medidas sin audiencia de las partes.

La nueva Ley –ha escrito Casares Marcos[12]- supone un vuelco fundamental en la materia, tanto en la forma como en el fondo. No en vano, dedica un Capítulo completo al régimen de las medidas cautelares, que comprende, a su vez, ocho preceptos en los que se desgranan progresivamente el fundamento, los presupuestos y la medida cautelar en sede contencioso-administrativa. Su enunciado incorpora, además, innovaciones esenciales al hilo de las reivindicadas poco tiempo antes y, así, por lo que a nosotros nos interesa, el posible otorgamiento de las medidas provisionalísimas o su adopción *inaudita parte*.

La vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo regulado en la LJCA (capítulo II del título VI) se integra por:

a) Un sistema general, previsto en los artículos 129 a 134 LJCA.
b) Dos supuestos especiales procesales, previstos en los artículos 135 (medidas de especial urgencia, provisionalísimas o cautelarísimas) y 136 de la misma ley (supuesto de inactividad de la Administración o vía de hecho de los artículos 29 y 30 de la propia ley) Y
c) Otras dos especialidades, por razón de la materia a que se refieren, como son las previstas en el artículo 122 bis (en relación con la autorización judicial contemplada en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, así como el artículo 127 *quater* de la misma LRJCA (en relación con el procedimiento especial para la garantían de la unidad de mercado, Ley 20/2013, de 9 de diciembre)[13].

En el presente trabajo, no nos vamos a ocupar de analizar la regulación que de las medidas cautelares contiene la LJCA en sus artículos 129 a 136[14], sino tan solo de aquel precepto, el artículo 135, que regula las que denominamos medidas cautelares de especial urgencia, expresión que nos parece más apropiada que la de "provisionalísimas"[15], aunque el legislador así las haya denominado en la Exposición de Motivos que reformó en 2011 el artículo 135 LJCA, y los Tribunales también "provisionalísimas" o "cautelarísimas" en el auto del TS citado en la nota anterior a pie de página, pues como de manera acertada indicara Sala Arquer, "las medidas a

[12] A.B. Casares Marcos, "Eficacia de las medidas cautelares en lo contencioso-administrativo", *20 años de la Ley de lo Contencioso-administrativo*: actas de del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, coord. Fernando López Ramón y Julián Valero Torrijos, 2019, p.360.

[13] Así se expresa el auto de 8 de abril de 2021 del Tribunal Supremo (Rec. 81/2021), que contiene un acertado resumen de las características del sistema general de medidas cautelares contemplado en la legislación española.

[14] Para ello, nos remitimos *in totum* al completísimo estudio ya citado de A. B. Casares Marcos, "Eficacia de las medidas cautelares", cit.

[15] Así las denomina J. Rodríguez Arana, "Disposiciones comunes a los títulos IV y V, Capítulo II, Medidas cautelares, artículos 133-135", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 100, 1998, p.890.

ISSN 2036-7821

que se refiere este precepto son las previstas en el artículo 129: es decir, las medidas cautelares propiamente dichas, que en este precepto se mencionan genéricamente: cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia"[16][17].

Ahora bien, las medidas provisionalísimas, a mi juicio, tienen por finalidad inmediata asegurar la resolución que sobre la pieza separada de suspensión se dictará en su día, aunque de manera mediata "su justificación enlazaba con la efectividad predicable del derecho a la tutela judicial efectiva y, consecuentemente, con el derecho a la tutela cautelar"[18]. Así, lo había entendido también el Consejo de Estado cuando en su dictamen sobre el proyecto de LJCA manifestó que su razón de ser está en "asegurar la efectividad de la medida cautelar (…) que pudiera, en su caso, adoptarse. No suponen la apertura de una pieza separada, sino que deciden en la que se abre para sustanciar las medidas cautelares ordinarias"[19]

Pues bien, nos proponemos analizar este artículo 135 LJCA que, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico patrio, recogió las denominadas medidas cautelarísimas.

II. El artículo 135 LJCA

1. Elaboración del precepto: la LJCA y sus modificaciones.

El proyecto de LJCA[20] recogió las denominadas medidas cautelares de urgencia en su artículo 126.2 con el tenor literal siguiente:

"Abierta la pieza separada, y siempre a instancia de parte, previa audiencia del representante de la Administración demandada o de ésta si no se hubiera personado en el proceso, por plazo de tres días, el Juez o Tribunal podrá acordar mediante auto las medidas indispensables para asegurar la efectividad del acuerdo de suspensión que pudiera, en su caso, adoptarse. Dichas medidas podrán ser modificadas o revocadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 124.4".

Como destacara Sala Arquer[21], este precepto mantenía la configuración de las medidas provisionalísimas como medidas precautelares, distintas en principio de la

[16] J.M. Sala Arquer, "La adopción de medidas cautelares con carácter urgente", *Justicia Administrativa*, núm. Extraordinario, 1999, p.211.

[17] No desconocemos las críticas que se alzaron respecto a esta única función que se atribuye a las medidas cautelares y, en este sentido, C. Chinchilla Marín, "La tutela…", cit., p.573, se preguntó si en lugar de aludir de manera expresa a la sentencia no hubiera sido mejor utilizar una forma más genérica que diese acogida a una función más amplia de las medidas cautelares como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales en general, y no solamente de la sentencia.

[18] J.L. Terrero Chacón, "Las medidas cautelares" *Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*, dirs. E. Arnaldo Alcubilla y R. Fernández Valverde, Madrid, El Consultor, 1998., p.1343.

[19] Dictamen del Consejo de Estado 1125/1997, de 29 de mayo (BOE.es-CE-D—1997-1125)

[20] *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (BOCG), Serie A, núm. 70-1 de 18 de junio de 1997.

[21] "La adopción de medidas…"., cit., p.210.

ISSN 2036-7821

medida cautelar de suspensión: se hablaba, en efecto, de "las medidas indispensables para asegurar la efectividad del acuerdo de suspensión que pudiera, en su caso, adoptarse".

A la regla mencionada le fueron presentadas cuatro enmiendas cuya única pretensión era, en mi opinión, mejorar, en la medida de lo posible, el régimen jurídico de este tipo de medidas[22].

Así, la enmienda número 54, presentada por la señora Lasagabaster Olozabal, del Grupo Mixto, proponía señalar de manera expresa que las referidas medidas que pudieran dictarse fueran no solo negativas, sino también de contenido positivo, consagrándose de esta manera a nivel legislativo la interpretación más progresista de la jurisprudencia[23], si bien es cierto –entendía la diputada enmendante- que, aunque el texto del Proyecto de Ley no hacía distinciones y podría aplicarse el principio interpretativo de que *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere*, sería positivo añadir la precisión que proponía.

Las enmiendas números 147 y 266, presentadas por los Grupos parlamentarios de Izquierda Unida y Popular, respectivamente, con idéntico texto y casi la misma justificación, solo trataban de introducir garantías para el caso de admitirse las medidas provisionalísimas, vinculándolas a la resolución de la pieza separada, estableciendo un *dies a quem* enlazado, en todo caso, a la resolución de la pieza separada de suspensión y, con este propósito, modificaban el inciso final del precepto objeto de enmienda con un texto del tenor literal siguiente:

"Dichas medidas solo podrán acordarse por el tiempo indispensable para tramitar la pieza separada de suspensión y, sin perjuicio, de su modificación o revocación en los términos previstos en el artículo 124.4 quedarán sin efecto automáticamente al dictarse el auto que resuelva sobre la suspensión solicitada".

Y, por último, la enmienda número 312 del Grupo parlamentario Socialista que ofrecía una nueva redacción al precepto, pero que sustancialmente no variaba el sentido de aquél: lo más destacado era que señalaba que "si en el plazo de treinta días, a partir de la adopción de tales medidas, no se dictare auto en la pieza separada de suspensión, quedarán automáticamente sin efecto las medidas adoptadas"[24].

---

[22] Las enmiendas pueden verse en *BOCG*, Serie A, núm.70-8, de 24 de noviembre de 1997.

[23] Sobre las medidas cautelares positivas, vid. El Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de marzo de 1991 y el comentario al mismo de E. García de Enterría, También, en *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, 2ª ed. ampliada, Madrid, Civitas, 1995, pp.255 a 272.

[24] Puede encontrarse un paralelismo a esta previsión en el contenido del artículo 72.1 de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común (ambas derogadas), que señalaba que si en el plazo de quince días el órgano competente no se ha pronunciado respecto a las medidas provisionales adoptadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, éstas quedarán sin efecto. Regla hoy contenida en el artículo 56.2 de la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común con la siguiente dicción literal: "…

ISSN 2036-7821

La configuración final del precepto no vino determinada, sin embargo, por las enmiendas que se acaban de exponer, sino por la número 26 presentada por el Grupo parlamentario Vasco a todo el capítulo II –el dedicado a las medidas cautelares- del Título VI del Proyecto de Ley.

En efecto, el Grupo parlamentario citado propuso la supresión de las medidas provisionalísimas o precautelares contenidas en el artículo 126.2 pues, a su juicio, no son sino una anticipación del juicio cautelar, lo que da lugar a problemas habida cuenta de que existiría un juicio precautelar y otro cautelar con los mismos parámetros y en un corto lapso de tiempo.

La Ponencia constituida en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados propuso una transacción con las enmiendas presentadas a los artículos 124 a 132 del Proyecto redactando de nuevo todo este Capítulo II del Título VI dándole un vuelvo completo en relación con los planteamientos del texto remitido por el Gobierno[25], que incluiría un artículo 130 (nuevo) que, a la postre, será el definitivo artículo 135 LJCA con la redacción siguiente:

"El Juez o Tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución, el Juez o Tribunal convocará a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes, sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Celebrada la comparecencia, el Juez o Tribunal dictará auto, el cual será recurrible conforme a las reglas generales".

Esta disposición variará su numeración en los sucesivos trámites parlamentarios -en concreto, pasará a ser el artículo 135 en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados[26]- pero, no ya su contenido que permanecerá inalterado hasta su definitiva aprobación.

Más de diez años después, el artículo 14, sesenta y tres, de la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Oficina judicial, añadirá un párrafo segundo al artículo 135 del tenor literal siguiente:

"En cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63".

Este párrafo en nada afecta a la sustantividad del precepto, aunque, enmarcado en el objetivo primordial de la reforma de la Justicia, sin duda venía a reforzar las garantías del justiciable en tanto en cuanto establecía, de modo generalizado, la

---

Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse a los quince días siguientes a su adopción…".

[25] Así se expresa de manera acertada, en nuestra opinión, J.M. Sala Arquer, "La adopción de medidas cautelares….", cit., p.211.

[26] *BOCG*, Serie A, núm. 70-12, de 18 de abril de 1998.

ISSN 2036-7821

grabación de las vistas, como ya había anticipado la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Pocos años después, con motivo de una serie de reformas procesales en pro de asegurar la sostenibilidad del sistema y garantizar que los ciudadanos pudieran disponer de un servicio de calidad y tratando de introducir en la legislación procesal mejoras que permitieran agilizar los distintos procedimientos, sin mermas para las garantías del justiciable, se dictó la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, cuyo artículo tercero, diez, modifica el artículo 135 LJCA, que queda redactado en los siguientes términos:

"1. Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto:

a) Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.

En cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63.

b) No apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131, durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo.

2. En los supuestos que tengan relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad, el órgano judicial oirá al Ministerio Fiscal con carácter previo a dictar el auto al que hace referencia el apartado primero de este artículo".

Se modificaba la regulación de las medidas cautelarísimas –según confesión del legislador en la Exposición de Motivos de esta Ley-, recogiendo "las verdaderas posibilidades que en la actualidad se están llevando a cabo por los órganos judiciales: apreciar la especial urgencia y citar a la comparecencia, apreciar la especial urgencia y denegar la medida cautelar inaudita parte o bien no apreciar la urgencia y decidir tramitar conforme a las reglas generales, añadiendo la posibilidad de alegaciones por escrito en vez de comparecencia". Por otra parte, se prevé con carácter expreso la

ISSN 2036-7821

necesaria intervención del Ministerio Fiscal en determinados supuestos que afecten a menores de edad.
Este precepto no fue objeto de enmienda alguna ni en el Congreso de los Diputados ni en el Senado, por lo que tampoco hubo discusión sobre el mismo y su redacción definitiva se corresponde con la que apareció en el Proyecto de Ley[27] y que acabamos de transcribir.

2. Elementos.
Nos corresponde analizar con el detenimiento y la profundidad que nos permite un trabajo de estas características el parco contenido del precepto de la LJCA regulador de las medidas cautelarísimas.
Este análisis se llevará a cabo en cinco grandes apartados que responden a los que, en mi opinión, constituyen los elementos que conforman las medidas cautelarísimas, tal y como han sido disciplinadas por nuestro legislador.
En primer lugar, expondremos el elemento temporal para la cual deberemos estudiar el momento en que pueden ser adoptadas estas medidas y cuándo se extinguen, así como su existencia a lo largo del proceso principal.
En segundo término, nos detendremos en el elemento subjetivo. Esto es, nos interesará conocer quién puede adoptar estas medidas.
En tercer lugar, daremos cuenta del elemento formal, es decir, de los requisitos que debe tener en cuenta el Juez o Tribunal para adoptar las medidas cautelarísimas.
En cuarto lugar, pondremos nuestra atención en el elemento material o, expuesto en otros términos, conoceremos cuáles son las medidas que pueden ser adoptadas, cuál es su contenido.
Y, en último término deberemos referirnos al elemento teleológico, esto es, a la finalidad que persigue.

2.1. Elemento temporal.
A tenor de lo dispuesto en el apartado 1 de este precepto, las medidas cautelarísimas podrán ser solicitadas y adoptadas por el Juez o Tribunal en cualquier momento del proceso antes de la sentencia, si bien lo normal es que se soliciten al inicio del proceso, generalmente en el escrito de interposición del recurso, mediante otrosí.
Es preciso que pongamos de relieve que las medidas cautelarísimas, aunque en menor medida que las cautelares, podrán ser alzadas o modificadas, en aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, durante la tramitación del proceso en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

[27] *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A, núm.117-1, de 18 de marzo de 2011.

ISSN 2036-7821

Esta regla responde, en mi opinión, a la lógica de la institución. Y del mismo modo que cualquier medida cautelar que pueda ser adoptada en el proceso puede ser levantada en cualquier momento del proceso atendiendo a las circunstancias que se produzcan, las medidas cautelares de especial urgencia que haya sido adoptadas, lógicamente, pueden ser alzadas o modificadas si las circunstancias que motivaron su adopción varían.
Asimismo, debemos anunciar que también responde a la lógica de las cosas que una vez adoptada la medida cautelar que sea y, mucho más, si se pone fin al proceso, las medidas cautelarísimas dejarán de producir efectos, ya que será la propia resolución cautelar o la propia sentencia dictada la que comience a desplegar efectos.
Cuando se trate de supuestos de inactividad o de vía de hecho de la Administración (artículos 29 y 30 LJCA), las medidas provisionalísimas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 136 de esta misma Ley, pueden solicitarse antes de iniciado el proceso contencioso-administrativo, esto es, antes del escrito de interposición del recurso, si bien el interesado inexcusablemente deberá presentar este escrito en el plazo de diez días y ratificar la solicitud de las medidas cautelarísimas, a contar desde la notificación de su adopción.
Para Casares Marcos, este artículo 136.2 LJCA establece un régimen cautelar especial. El régimen jurídico de la tutela cautelar se singulariza no solo desde el punto de vista procedimental, sino también desde el sustantivo[28].

2.2. Elemento subjetivo.
Ninguna duda parece plantear la resolución de esta cuestión, es decir, conocer qué órgano judicial ostenta la competencia para adoptar estas medidas.
El Juez o Tribunal al que corresponda conocer del proceso principal será el competente para adoptar las medidas cautelarísimas solicitadas. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, singularmente el francés, nosotros no tenemos un juez de *référé*, un "juez administrativo de urgencia", que no juzga lo principal, sino que dicta medidas cautelares, provisionales y rápidas, destinadas a salvaguardar los derechos y deberes de los administrados. Ni siquiera se encarga al Presidente de la Sala o a un magistrado delegado que sea quien conozca y resuelva las solicitudes de medidas cautelares presentadas, como se hacía también en Francia. Aquí, es el mismo Juez o Tribunal que va a resolver el fondo del asunto quien decide sobre las medidas cautelarísimas, lo que no deja de ser criticable por cuanto, aunque su resolución tenga todo el carácter provisional que se quiera y no se pretenda prejuzgar el fondo del asunto, lo cierto es que difícilmente se podrá sustraer a ese primer enjuiciamiento y, por ello, abogamos por la existencia de un juez de lo cautelar, de la misma manera que en el proceso penal quien instruye no juzga.

[28] A.B. Casares Marcos., "Eficacia de las medidas…"., cit., pp.102-103.

ISSN 2036-7821

No obstante, en los supuestos en que se soliciten medidas cautelarísimas en relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen expulsión, devolución o retorno, existe una singularidad por lo que respecta a la competencia para decidir sobre estas medidas, al corresponder al juez que desempeñe en cada circunscripción el servicio de guardia, en cometido de sustitución, las actuaciones atribuidas a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando sean instadas en días y horas inhábiles y exijan la intervención inmediata, es decir, siempre que no hubiera sido posible cursar tal solicitud al órgano naturalmente competente en días y horas hábiles. Una vez cumplimentada tal intervención y adoptada la medida provisionalísima remitirá lo actuado al órgano judicial competente para la celebración de comparecencia y posterior resolución del incidente (artículo 45.2 del Reglamento 1/2005, de 15 de agosto, de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, según redacción dada por el Acuerdo de 28 de noviembre de 2007 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial).

Tampoco, desde la otra parte, surge ninguna duda, ya que son los interesados quienes pueden solicitar en cualquier momento del proceso contencioso-administrativo la adopción de cualquier medida cautelarísima. Es decir, la tutela cautelar o, en este caso, si se nos permite, la tutela cautelarísima es siempre a instancia de parte. El precepto que comentamos, opinamos, no puede ser más claro al respecto cuando dice, en su apartado primero, "Cuando los interesados alegaren…", al contrario de lo que sucede en el procedimiento administrativo donde el órgano competente para resolver puede, de oficio, adoptar una medida provisionalísima, puesto que el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dedicado a las medidas provisionales, tanto en su apartado 1º, las medidas provisionales en sentido estricto, como en el 2º, las medidas provisionalísimas, señalan que iniciado el procedimiento, en el primer caso, o antes de iniciado el procedimiento en el segundo, el órgano competente para resolver, en un caso, y el órgano competente para iniciar o instruir el procedimiento, en el otro, de oficio o a instancia de parte, podrá adoptar las medidas provisionales que estimen oportunas, lo que es lógico si teneos presente que mientras el procedimiento administrativo puede ser iniciado de oficio, el contencioso-administrativo siempre lo es a instancia de parte.

La carga de acreditar que la no adopción de la medida solicitada podría frustrar la finalidad legítima del recurso, recae sobre su solicitante. Es decir, el interesado en obtener la medida cautelarísima tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurrirían en el caso para acordarla, sin que sea suficiente una mera invocación genérica o una mera alegación de aquellos sin acompañarlas de la correspondiente prueba que sirva a acreditarlos; una

ISSN 2036-7821

acreditación, también, que no requiere de una prueba plena siendo suficiente aquella que, aun incompleta o por indicios, sirve a poner de manifiesto la posibilidad de que las consecuencias lesivas alegadas se produzcan, así como sobre su naturaleza y alcance.

2.3. Elemento formal.

Resulta necesario que en este subapartado analicemos los requisitos que deben darse para que el Juez o Tribunal competente pueda adoptar este tipo de medidas.

El precepto exige. Como acabamos de poner de manifiesto, que sea la parte solicitante de las medidas quien justifique las razones por las que deben adoptarse, es decir, quien argumente que, en efecto, se produce el presupuesto fáctico de estas medidas, que no es otro que la especial urgencia, así como el resto de los criterios que deben tenerse presentes para adoptar una medida cautelar o, más ampliamente, cualquier criterio que mejor convenga a su Derecho. Todo ello con la finalidad de evitar, como ha dicho Quintana Carretero, "la quiebra del derecho a la tutela cautelar"[29].

El Juez o Tribunal competente para decidir deberá llevar a cabo un juicio de razonabilidad donde -además, de valorar y, en su caso, justificar la especial urgencia- debe realizar una ponderación sobre los elementos suficientes que justifican la oportunidad y prudencia de la medida solicitada, así como el alcance y la extensión de la misma. En efecto, el artículo 135 exige que el órgano judicial competente para adoptar la medida además de apreciar los motivos de especial urgencia alegados por los solicitantes, a la hora de adoptar o denegar la medida, debe decidir su adopción o denegación, previa apreciación del *periculum in mora* y la valoración circunstanciada y ponderada de los intereses en conflicto y, en su caso, del *fumus boni iuris*, conforme a lo que determina el artículo 130 LJCA. La jurisprudencia del Tribunal Supremo así lo ha corroborado en su Sentncia de 9 de julio de 2012 (Rec. 1213/2012)

En relación al concepto jurídico indeterminado que habilita la adopción de estas medidas[30], esto es, la "especial urgencia", el Tribunal Supremo ha manifestado distintos criterios o parámetros que deben ser tenidos en cuenta para poder apreciar ese presupuesto fáctico. Así, en primer término, ha señalado que debe tratarse de "una urgencia excepcional o extraordinaria, esto es, de mayor intensidad que la normalmente exigible para la adopción de las medidas cautelares que, según los

[29] J.P. Quintana Carretero, "Comentario al artículo 135", *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, director Juan Pedro Quintana Herrero, Madrid, Lex Nova Thomson-Reuters, Valladolid, 2013, p.935.

[30] B. Roig Mateo, "Las medidas cautelares en la Ley de 13 de julio de 1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Especial referencia a las medidas cautelares *inaudita parte*", *Revista CEFLEGAL*, nº 114, 2010, ha escrito que la "especial urgencia" se erige en piedra angular de estas medidas, "un concepto jurídico indeterminado cuya determinación, límites y alcance deberán ser fijados por los tribunales a fin de dispensar o intentar dispensar un trato jurídico idéntico a situaciones análogas, p.63.

ISSN 2036-7821

trámites ordinarios se produce al término del incidente correspondiente, conforme al principio de contradicción o de audiencia de la parte contraria, connatural a todo tipo de procesos" [AATS 19 de diciembre de 2008 (Rec. 628/2008), de 16 de enero de 2007 (Rec. 4/2007) o 27 de mayo de 2019 (Rec. 212/2019]; en segundo lugar, ha manifestado que se entenderá que existe esa especial urgencia "solo cuando las circunstancias de hecho no permitan, dada su naturaleza, esperar siquiera a la sustanciación de aquel incidente procesal [ATS de 24 de mayo de 2012 (Rec. 366/2012)] o "circunstancias que pongan de manifiesto que, caso de seguir la tramitación ordinaria del incidente, prevista en el artículo 131, la adopción de la medida cautelar resultaría ineficaz, ante una ejecución inmediata y difícilmente reversible del acto impugnado (ATS de 23 de diciembre de 2013 (Rec. 512/2003); y, en tercer lugar, ha expresado que "La apreciación de la urgencia debe entenderse condicionada a la existencia de una mínima apariencia de buen derecho que avale la viabilidad de la pretensión de fondo ejercitada o que pueda ejercitarse en el proceso principal [ATS de 10 de marzo de 2004 (Rec. 56/2004)]

La falta de diligencia o actitud del solicitante que ha esperado al último día del plazo legal hábil para interponer el recurso y solicitar la media cautelarísima pone de relieve para el alto Tribunal que las circunstancias de especial urgencia no se producen [ATS de24 de mayo de 2002 (Rec. 366/2002) o, sin llegar a ese límite, ha dejado pasar un plazo de siete días cuando, como en el caso del ATS de 29 de septiembre de 2022 (Rec. 824/2022), se trataba del ingreso en prisión por un día que le fue notificado el 21 de septiembre y esperó al 28 para solicitar la medida.

El auto que resuelva la adopción o denegación de las medidas cautelarísimas deberá dictarse, *inaudita parte debitoris*, en el plazo de dos días desde que fueron solicitadas. Asimismo, después, en la misma resolución el Juez o Tribunal competente debe dar audiencia por plazo de tres días a la parte contraria para que ésta alegue lo que estime oportuno o bien deberá convocar a las partes a una comparecencia que deberá celebrarse en el plazo de los días siguientes de adoptada la medida para que manifiesten lo que tengan por conveniente para la mejor defensa de su derecho.

Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o realizada la comparecencia, el órgano judicial competente dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada que, entendemos, deberá ser dictado de manera inmediata a la realización de las actuaciones previas señaladas, si bien la Ley no dice nada, aunque la propia naturaleza de la institución así lo demanda.

En materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen expulsión, devolución o retorno y el afectado sea menor de edad, nos encontramos de nuevo con una singularidad que consiste en que deberá oírse al Ministerio Fiscal

ISSN 2036-7821

con carácter previo a dictar el auto en el que deberá apreciar la concurrencia de urgencia y decidir sobre la adopción o denegación de la medida.

También contempla el precepto que comentamos que el Juez o Tribunal competente puede no apreciar las circunstancias de especial urgencia invocadas por la parte solicitante de las medidas en cuyo caso ordenará la tramitación del incidente conforme al artículo 131 LJCA, esto es, se tramitará como cualquier medida cautelar. Así, por ejemplo, en el ATS de 18 de octubre de 2022 (Rec. 847/2022) no se estima que exista especial urgencia porque el solicitante no acredita en el escrito de interposición de recurso en el que solicita la medida cautelarísima que el acuerdo impugnado ocasione daños irreparables en la esfera jurídica del recurrente que haga adoptar con especial urgencia e inaudita parte la medida cautelar que se pretende.

En estos casos, además, los interesados no podrán volver a solicitar de nuevo medida provisionalísima alguna al amparo del artículo 135 LJCA. Ahora bien, como muy bien ha explicitado Quintana Carretero, "tal previsión legal no impide que, ante una alteración de las circunstancias que determinen la urgente necesidad de adoptar una medida provisionalísima en un momento posterior a la culminación de aquel incidente cautelar, pueda solicitarse con amparo en la urgencia sobrevenida nuevamente una medida provisionalísima"[31].

Como observamos, de acuerdo con la naturaleza de esta institución, las formalidades son mínimas debido a la especial urgencia del asunto. En cualquier momento, a través de un sencillo escrito, la parte que se considere perjudicada por el acto, inactividad o vía de hecho objeto de recurso podrá solicitar del Juez o Tribunal que conozca o vaya a conocer del asunto principal la adopción de una medida provisionalísima que se sustancia ante el órgano judicial competente de manera inmediata, en un primer momento, sin oír a la otra parte y, después, solicitando alegaciones de la otra parte o convocando a una comparecencia también en brevísimo plazo a las dos partes para que expongan lo que tengan por conveniente en relación a la medida cautelarísima solicitada.

También, se producen Autos en que se resuelve a la vez la medida provisionalísima solicitada y la medida cautelar. Esto es, se aprecia la especial urgencia y se resuelve, al tiempo, sobre la suspensión solicitada como medida cautelar. Así, por ejemplo, podemos traer a colación el Auto de la Sección Octava del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 48/2021, que resolvió la pieza separa dimanante del recurso contencioso administrativo interpuesto por los Letrados de la Asamblea de Madrid contra el Decreto 15/2021, de 10 de marzo, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, de disolución de la Asamblea de Madrid y de convocatoria de elecciones. En efecto, apreciadas las circunstancias de especial urgencia invocadas por la parte actora, el Tribunal entra a resolver también la medida cautelar solicitada que no era

[31] *Ibidem*, p.939.

ISSN 2036-7821

otra que "LA SUSPENSIÓN CAUTELAR Y CAUTELARÍSIMA de los efectos del Decreto 15/2021, de 10 de marzo, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, de disolución de la Asamblea de Madrid y de convocatoria de elecciones, por la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso. Que traen causa de la vigencia del Decreto de disolución y convocatoria recurrido que ha motivado ya el cese de las funciones estatutarias del Parlamento: legislativa y presupuestaria y de control del Gobierno".

2.4. Elemento material.

Conocer cuáles son las medidas provisionalísimas, cuál su contenido, es el objeto del presente subpartado.

La parquedad de la regulación normativa –a "brochazos" ha dicho Santamaría Pastor que está escrito este precepto[32]- nos deja sin los mimbres necesarios para poder hacer un juicio claro y directo, después de la lectura del precepto regulador de esta materia que no dice absolutamente nada sobre el particular. Pero, teniendo presente, como hemos puesto de relieve, que estas medidas cautelarísimas no son distintas de la cautelares no dudamos en afirmar que pueden ser cualquier medida apropiada para la tutela cautelar, si bien lo más normal es que se solicite la suspensión de la ejecutividad del acto o la suspensión de la vigencia de la disposición impugnada.

Así las cosas, la primera –y casi única- conclusión que, en mi opinión, puede extraerse de la regulación vigente es que los órganos judiciales competentes para adoptar estas medidas disponen de un importante grado de discrecionalidad para adoptar las que estimen necesarias con la finalidad de asegurar la efectividad de la tutela cautelar. Si acaso, añadir que los criterios del fin y el de la proporcionalidad entre medida y el fin propuesto son decisivos para pronunciarse acerca de su legalidad, de lo que se desprende la exigencia de la proporcionalidad para adoptar una medida concreta.

Además, debe ser tenido también en cuenta el principio *favor libertatis*, ya que en muchos casos la decisión adoptada por el órgano judicial competente no dejará de ser un constreñimiento a la libertad individual.

A la vista de lo expuesto, no nos queda sino afirmar que el Juez o Tribunal competente para dictar la medida provisionalísima podrá adoptar aquella que considere más adecuada para conseguir la finalidad perseguida, ateniéndose a los principios de proporcionalidad y *favor libertatis*. Esto es, el legislador ha optado por no establecer de manera expresa qué medidas pueden ser adoptadas o, dicho, en otros términos, ha establecido un *numerus apertus* de medidas cautelarísimas.

[32] J.A. Santamaría Pastor, *La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentario*, Madrid, 2010, Iustel, p.1316.

ISSN 2036-7821

2.5. Elemento teleológico.

Nos resta por analizar qué persigue la medida cautelarísima, qué finalidad persigue o cuál es su fin. La doctrina y la jurisprudencia han coincidido en señalar que la finalidad de estas medidas no es asegurar la ejecutividad del acto administrativo impugnado o la sentencia que en su día se dicte, sino más sencillamente, asegurar la tutela cautelar[33] o, más bien, si esa ejecutividad hace perder su objeto a una medida cautelar adoptada con arreglo a las reglas generales.

Quintana Carretero ha expresado con propiedad, en mi opinión, que la justificación de las medidas provisionalísimas se encuentra en la preservación del derecho a la tutela cautelar, que requiere, en ocasiones, la adopción de una medida cautelar con tal urgencia que no resulta posible esperar a cumplimentar un trámite de audiencia las restantes partes sin poner en peligro la efectividad de la sentencia que pudiera recaer en el litigio[34]

En el mismo sentido se expresa la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, quien en el Fundamento Jurídico Tercero del Auto de 16 de marzo de 2022, (Rec.272/2022), por citar uno de los últimos pronunciamientos, ha manifestado: "Como es sabido, la tutela cautelar prevista en el artículo 135 LJCA tiene por objeto no tanto apreciar si la ejecutividad del acto impugnado hace perder al recurso su finalidad legítima o causar perjuicios de imposible o difícil reparación, sino, más bien, si esa ejecutividad hace perder su objeto a una medida cautelar con arreglo a las reglas generales, esto es, tras oírse a la Administración recurrida",

3. Algunos problemas interpretativos y sus soluciones jurisprudenciales.

En un trabajo anterior sobre este mismo tema, elaborado poco después de la promulgación de la LJCA[35], planteé lo que, a mi juicio, constituían dos problemas que presentaba la regulación de este tipo de medidas: la imposibilidad de interponer recurso contra los autos que adopten o denieguen las medidas cautelarísimas y el trámite de comparecencia.

Ambas cuestiones deben ser abordadas para conocer qué soluciones jurisprudenciales se han aportado para resolver los problemas que planteaban.

3.1. La irrecurribilidad del auto.

El artículo 135 LJCA en su redacción dada en 1998, de manera explícita, en su primera parte disponía que "Contra este auto no se dará recurso alguno".

[33] J.J. Torres Fernández, Juan José, "Título VI, capítulos I y II", *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, VV.AA., Madrid, Aranzadi, 1998, p1076.

[34] Quintana Carretero, J.P., "Comentario…"., cit., p.936.

[35] A. Calonge Velázquez., "Medidas cautelares de urgencia", *La Ley*, nº 4890, de 23 de septiembre de 1999, pp.1-3.

ISSN 2036-7821

Sala Arquer entendió que esta prohibición solo afectaba al supuesto de que dicha medida cautelar hubiera sido otorgada, pues si fuera denegada, bien por no apreciar la urgencia alegada, bien por no concurrir los requisitos del artículo 130.1 LJCA, o bien porque, aun concurriendo, se apreciara la perturbación grave de los intereses generales o de terceros a que alude el artículo 130.2, y a la vista del silencio legal, no se ven motivos para privar al solicitante de la imposibilidad de interponer recurso[36].
Para este autor, como vemos, el artículo 135 no contemplaba el supuesto de denegación: tanto la primera como la segunda fase del procedimiento que en él se regulan partían de la premisa de que se concedía la medida cautelarísima[37].
En idéntico sentido, con anterioridad, se había pronunciado Terrero Chacón quien solo alegaba que si el auto denegara las medidas solicitadas debido, bien a que no concurre el supuesto de especial urgencia exigido por la norma, bien que, aun concurriendo el referido supuesto, no se dieran el resto de los requisitos del artículo 130, en ambos casos parece razonable que pueda ser recurrido, si procediere de conformidad con las reglas generales[38].
González Pérez, por su parte con una opinión distinta a los autores antes expuestos, al dar cuenta de la posible resolución que puede adoptar el órgano judicial respecto de estas medidas contempla una de las situaciones siguientes:
a) Que no se den las circunstancias de especial urgencia. En este caso –dice-, dictará providencia teniendo por presentado el escrito y acordando siga el incidente cautelar por los trámites del artículo 131, dando traslado a las demás partes por plazo de diez días, como este artículo establece.
b) Que se den las circunstancias de especial urgencia. En ese caso dictará auto acordando la medida cautelarísima solicitada, contra el que no se da recurso alguno[39].
En mi opinión, son varias las razones que pueden aducirse para oponerse a los juicios expresados por los autores más arriba expuestos.
Así, en primer término, entendemos que la medida cautelar solicitada solo puede concluir mediante auto, como dice de manera expresa la Ley, que podrá ser estimatorio o denegatorio, por lo que no puede entenderse que el último autor citado se pronunciara en favor de la posibilidad de concluir dicha solicitud mediante una providencia de la que se daría traslado a las demás partes por plazo de diez días para continuar lo que podríamos denominar el incidente cautelar ordinario.
Asimismo, tampoco resulte fácil de entender que este mismo autor apunte como único criterio para otorgar o denegar la medida cautelar el de la urgencia. Como

[36] "La adopción de medidas cautelares…", cit., p.213.
[37] *Ibidem*, p.212.
[38] "Las medidas cit., p.1347.
[39] J. González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, II., 3ª ed., Madrid, Civitas, p.1999.

ISSN 2036-7821

hemos puesto de relieve, en cuanto se trata de una medida cautelar "propiamente dicha" también debe atenderse a los requisitos generales señalados en el artículo 130 LJCA, esto es, la valoración circunstanciada y ponderada de los intereses en conflicto y, en su caso, la apariencia de buen derecho, pues, en definitiva, pueden darse las circunstancias de especial urgencia que señala la Ley para adoptar la medida cautelarísima, pero no darse los otros requisitos generales que enuncia el precepto citado con anterioridad y, en consecuencia, el Juez o Tribunal no dictará la medida solicitada.

Por lo que respecta a la posibilidad o no de impugnar el auto que adopte a deniegue las medidas cautelares urgentes solicitadas, entiendo que no resulta posible la distinción que hace Salar Arquer. No es, a mi juicio, suficiente argumento aducir que el artículo 135 LJCA ni en su primera ni en su segunda fase contempla el supuesto de denegación.

En nuestra opinión, las circunstancias de especial urgencia que caracterizan a estas medidas justifican la prohibición que establece la Ley de interponer recurso contra el auto que resuelve la petición de adopción de medidas provisionalísimas. La solución que ofrece el legislador, entendemos, se muestra conforme con la naturaleza de las cosas, pues de admitirse el recurso, además de ser exigido ya el principio de contradicción se perderían esas circunstancias de especial urgencia a que se refiere el precepto regulador de las medidas cautelarísimas.

La jurisprudencia resolvió estas dudas o distintos pareceres doctrinales en el sentido manifestado por nosotros, esto es, declarando la irrecurribilidad del auto por el que se otorga o deniegan las medidas provisionalísimas solicitadas, si bien con una argumentación, a nuestro juicio, meramente formalista, pues indica que no cabe el recurso contra estos autos porque no está previsto entre los que sí son susceptibles de recurso en el artículo 87.1 LJCA. A este respecto, es muy esclarecedor el ATS de 23 de enero de 2007 (Rec. 5240/2003) que dice lo siguiente:

"En el presente caso, el recurso ha de ser inadmitido al no ser susceptible de casación el auto que deniega la solicitud de medidas cautelares solicitadas al amparo del artículo 135 de la Ley Jurisdiccional, pues no se halla citado entre los prevenidos en el artículo 87.1 de la vigente Ley Jurisdiccional. En efecto, el artículo 87.1 de la mencionada Ley limita el recurso de casación contra autos solo a cuatro clases de estos -los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, hagan imposible su continuación, los que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares y los recaídos en ejecución de sentencia-, en ninguno de los cuales cabe subsumir los que se pronuncian en aplicación del artículo 135 de la Ley Jurisdiccional, precepto que prevé una serie de especialidades procesales, con relación a los Autos que resuelven la pieza separada de medidas cautelares, para los supuestos en que concurran "circunstancias de especial

ISSN 2036-7821

urgencia". En estos casos, tal y como ha declarado la Sala por Auto de 24 de enero de 2003, la medida cautelar se puede adoptar mediante auto sin audiencia previa de la parte contraria, añadiéndose a continuación que "contra este auto no se dará recurso alguno". Imposibilidad de recurso que también es aplicable si la medida se deniega, como aquí ha sucedido, ya que en este caso el interesado puede efectuar la solicitud de medida cautelar al amparo de lo dispuesto en los artículos 129 y 130. En consecuencia, debe inadmitirse el presente recurso de casación al concurrir la causa prevista en el artículo 93.2.a) en relación con el artículo 87.1 de la Ley de la Jurisdicción, por no ser el auto impugnado susceptible de recurso de casación [...]

Más explícita y con mejor argumentación nos parece la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2011 (Rec. 5007/2010), que, citando el auto anterior y otros, señala en su Fundamento Jurídico Tercero:

"Hemos de confirmar una vez más la doctrina contenida en los dos autos citados, añadiendo a lo expuesto que la restricción de la posibilidad de recurso está plenamente justificada y, en realidad, no supone sino diferir a una fase ulterior (aquella en que se resuelve de modo definitivo sobre la procedencia de la cautela) el eventual control en casación de los autos de instancia.

El artículo 135 de la Ley Jurisdiccional establece que contra los autos que se dicten a su amparo no cabrá recurso alguno porque, en el caso de que se conceda la medida cautelar, con el consiguiente sacrificio del derecho a la defensa de la parte no oída y la excepción del principio de contradicción, su eficacia temporal es muy limitada en el tiempo y viene condicionad a la ulterior decisión casi inmediata. Debe el Tribunal en la misma resolución favorable a la pretensión actora, convocar a las partes a una comparecencia dentro de los tres días siguientes, en la que resolverá sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Y este "segundo" auto ya es recurrible "conforme a las reglas generales".

En el caso de que el tribunal deniegue la medida 'cautelarísima' tampoco hay realmente restricciones a la tutela judicial por el hecho de que el auto desfavorable al actor no sea susceptible de recurso inmediato. Esta denegación basada en la inexistencia de una particular situación de urgencia excepcional, no tiene más alcance que el de rechazar que concurran los presupuestos extraordinarios a los que se refiere el artículo 135 citado. Se inserta pues en un proceso de cognición muy limitada de modo que el auto que resuelve la pieza 'provisionalísima' no impide que, acto seguido, el tribunal sustancie el incidente cautelar 'ordinario' al término del cual, oídas todas las partes y tras la valoración y ponderación del conjunto de factores susceptibles de influir en el otorgamiento de la medida cautelar (entre ellos, el *periculum in mora* no cualificado por razones excepcionales) de nuevo dicte un auto –éste sí definitivo- que, previo el preceptivo recurso de reposición, será recurrible en

ISSN 2036-7821

casación conforme a las reglas generales previstas en el artículo 87 de la Ley Jurisdiccional.

En definitiva, cualquiera que sea el sentido favorable o desfavorable para el solicitante del auto que se dicte en el marco del artículo 135 de la Ley Jurisdiccional, dicha resolución 'no pone término' a la pieza de medidas cautelares, por lo que no es susceptible de recurso de casación conforme a lo establecido en el artículo 87.1.b) de la Ley Jurisdiccional".

La redacción dada al precepto que comentamos por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, excluye cualquier mención a la posibilidad de recurrir el auto que ponga fin a la solicitud de medida provisionalísima alguna o, para ser más claros, esa dicción que contenía el artículo 135 en su redacción original señalando que contra el auto que respondía a la solicitud de medidas de este tipo no era posible ha desaparecido.

3.2. La comparecencia.

La segunda duda que suscitaba el precepto que comentamos hace referencia al trámite de la comparecencia que deberá convocar o no el Juez o Tribunal en el mismo auto que adopte la medida cautelarísima y que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida. Tampoco sobre esta cuestión los autores que se pronunciaron lo hicieron de manera unánime ante el silencio de la Ley respecto a qué tramitación debería seguirse.

González Pérez[40], consideraba que esta nueva norma de la Ley sería de difícil cumplimiento, pues lo normal sería que la Administración autora de la resolución impugnada no hubiera comparecido aún y, por supuesto, tampoco los demandados, según el artículo 21.1.b LJCA. Y como el trámite que se prevé –sigue diciendo el autor citado- es una "comparecencia", no cabe la sustitución por vía de informe, sino que será necesaria la presencia de los defensores de las partes ante el órgano judicial, lo que presupone la personación. Mas para la personación, las partes disponen de unos plazos: las Administraciones públicas. El de veinte días desde que reciben el comunicado judicial reclamando el expediente (artículo 48.3 LJCA) y los demás demandados, nueve días (artículo 49.1 LJCA)

Parece, pues -acaba concluyendo-que no podrá cumplirse el plazo previsto en el artículo que comentamos (tres días) y habrá que esperar a que las partes, una vez emplazadas, se hubieren personado para citarlas a comparecencia.

De seguir esta tesis nos parece que no tendría ningún sentido la adopción de medidas cautelares urgentes o, mejor dicho, se vulneraría completamente el principio de contradicción que debe ser exigido a toda resolución judicial, aunque sea *a posteriori* –como permite el alto Tribunal-, así como el tenor literal de la ley que obliga

[40] *Ibidem*, p.2099.

ISSN 2036-7821

a que la comparecencia se lleve a cabo dentro de los tres días siguientes a aquel en que hubiera sido adoptada la medida.

Por su parte, Sala Arquer, entendió que en este punto la solución no podía apartarse de la que se siguiera en relación con el incidente cautelar ordinario, regulado en el artículo 131 de la Ley. Aunque en dicho precepto no se prevé expresamente esta posibilidad, nada se opone a que en dicho incidente se practiquen diligencias de medidas probatorias[41].

En fin, no parece que fuera esto lo querido por el legislador, por lo que consideramos más ajustada al espíritu de la Ley la solución aportada por Terrero Chacón, después de reconocer la falta de una regulación específica –y teniendo en cuenta el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la disposición adicional sexta LJCA, entiende que la comparecencia debe sujetarse, en lo que fueren de aplicación, a los artículos 715 y ss. (hoy, 437 y ss.) del texto procesal civil relativo al juicio verbal[42]. Así, lo han entendido también los Jueces y Tribunales competentes para la adopción de estas medidas que siguen para el desarrollo de estas comparecencias las reglas que los artículos 437 a 447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen para el juicio verbal.

No empero lo señalado, debemos resaltar que, ahora, con la nueva redacción del artículo 135 LJCA por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, la comparecencia ya no es necesaria, ya que la nueva regulación permite que el Juez o Tribunal competente para resolver discrimine casos en que la comparecencia no es necesaria, posibilitando su sustitución por alegaciones escritas.

Como se ha señalado en algunos comentarios a la LJCA[43], el órgano judicial competente para la adopción de la medida cautelarísima deberá justificar en el auto correspondiente si opta por la comparecencia o es suficiente el escrito de alegaciones de la otra parte que, generalmente, será la Administración pública demandada. La comparecencia procederá cuando la misma aporte un plus sobre las alegaciones escritas vistas las circunstancias del caso. En todo caso, tanto la comparecencia como las alegaciones responden al principio de contradicción que debe producirse en todo proceso y, por tanto, el derecho de defensa de la parte recurrida que no ha sido oída en un primer momento y que tiene ahora la oportunidad de oponerse a dichas medidas bien solicitando se levantes o se modifiquen.

---

[41] "Medidas cautelares…"., cit., p.213. Así lo reconocieron, desde el principio, los órganos judiciales. Así, en el auto del Juez de lo Contencioso-Administrativo de Ciudad Real citado por C. Chinchilla Marín, "Medidas cautelares urgentes ante el cierre de una televisión por ondas", *Revista de Administración Pública*, nº 151, 2000, p.289, éste convoca a las partes a una comparecencia para que aleguen y "presenten las pruebas" que a su derecho convenga.

[42] J.L. Terrero Chacón, "Las medidas…", cit., p.1347.

[43] F. García y Gómez de Mercado y otros, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Quinta edición, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp.1491-1492.

ISSN 2036-7821

En cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación, serán aplicables las disposiciones del artículo 63 LJCA.

III. Conclusiones.

La novedad que supuso la introducción de las medidas cautelarísimas en la Ley jurisdiccional de 1998 supuso un importante paso delante de cara a la protección del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 de nuestra Constitución. No obstante, la parquedad de su regulación dio lugar a problemas de interpretación y aplicación que fueron resueltos acertadamente, en mi opinión, por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

No es solo la especial urgencia el presupuesto que habilita el dictado de una medida donde además no se ha escuchado a la otra parte, pero sí es el presupuesto que permite examinar los otros elementos conducentes a la adopción o denegación de la medida solicitada. De otro lado, resulta claro que las medidas cautelarísimas, en consecuencia, no resultan ni distintas ni diferentes ni, por tanto, un tipo especial de medidas distintas de la cautelares.

Abogamos para un mejor enjuiciamiento de las solicitudes de adopción de medidas cautelares por la creación de un juez de lo cautelar o atribución de estas tareas a otro distinto de aquel que ha de resolver sobre el fondo del asunto o, si se trata de un Tribunal que sea uno solo de sus miembros quien conozca de la medida cautelar solicitada con la finalidad de que el resto de los miembros integrantes del órgano judicial no queden contaminados por ese primer juicio provisional que supone la decisión sobre la tutela cautelar.

ISSN 2036-7821