

## Patentes Farmacéuticas y Derecho de Acceso al Medicamento: Un Viaje desde la República de Venecia a la de Sudáfrica, Pasando por la Ciudad de DOHA

FRANCISCO MIGUEL BOMBILLAR SÁENZ

Profesor Derecho Administrativo Universidad de Granada.

*In memoriam Rafael Barranco Vela*<sup>1</sup>

Submissão: 16.09.2013

Decisão Editorial: 11.10.2013

RESUMEN: Los medicamentos son bienes económicos a través de los cuales se hace efectivo el derecho a la protección de la salud, pese a ello, no todas las personas pueden acceder en paridad a este producto esencial. La globalización del sistema de patentes y la estructura monopolística del

---

1 Este trabajo pretende rendir un modesto tributo al Profesor Rafael Barranco Vela, el Maestro, el amigo, el padre, el hombre que comía, respiraba e irradiaba vida y que a todos dedicaba su afecto y su sonrisa. Un ejemplo de tesón y espíritu de lucha, tanto en la profesión universitaria como en la vida misma. Para todos los que tuvimos la fortuna y el honor de compartir nuestra vida con él, Rafael siempre estará en nuestro recuerdo y en nuestro corazón.

Sirva esta contribución como un humilde agradecimiento y un pequeño y sentido homenaje de un discípulo a su Maestro o casi mejor aún – si se me permite esta licencia – de un hijo a un padre. No cambiaría por nada del mundo las vivencias y el cariño paternal – recíprocamente correspondido – que Rafael me ha brindado a lo largo de estos últimos diez años. Una década – un tercio de mi vida – en la que Rafael ha sido siempre mi guía y apoyo, el élan vital de mi carrera docente e investigadora y un auténtico demiurgo de experiencias inolvidables, más allá del plano académico. Aunque en ocasiones tuvimos que navegar en la niebla, adentrándonos en proyectos tan apasionantes como áridos, Rafael, como buen capitán, siempre encontraba los puertos en los que atracar y resguardarnos de nuestros particulares lestrigones y cíclopes.

La elección de este artículo no es casual. Ya en noviembre de 2008, en aquellos ahora añorados años de elaboración de mi tesis doctoral, Rafael me pidió que participase en uno de los seminarios de su asignatura – una de sus múltiples criaturas – *Régimen jurídico de las ONGs* abordando los problemas de acceso a los medicamentos en los países en vías de desarrollo. Cuatro años después, en noviembre de 2012, me vi defendiendo este mismo tema en Sevilla, en una comunicación que presenté en el *II Congreso Iberoamericano de Derecho Sanitario*. Fue uno de los últimos congresos a los que asistimos juntos. No le amedrentó el hecho de que ese mismo día, por la mañana, él dirigía un seminario sobre la carrera horizontal destinado a militares del Ejército de Tierra ni que al día siguiente tuviera que someterse a una importante intervención médica. Él era así: un incombustible y siempre desafiante burlador de las leyes del espacio-tiempo, así como un ejemplo de vida consagrada a la Universidad, que llevaba por bandera el arte de hacer fácil lo imposible.

Rafael, has sido y siempre serás mi mejor *medicamento*: un Maestro seguro, de calidad y eficaz. Y aunque no eras un *producto milagro*, a veces los hacías: eras un poco *brujo*. Desgraciadamente, tus discípulos no disponemos de los *principios activos* con los que tú contabas para poder sacar al mercado una *patente* – o si quiera un *genérico* – que se te asemeje.

mercado farmacéutico han convertido al paciente — en general, y al que se encuentra en los países en vías de desarrollo, en particular —, en *prisionero* del mercado. La regulación de los productos farmacéuticos emanada de la Organización Mundial del Comercio ha consolidado esta situación. Para analizar esta cuestión, en el presente trabajo realizamos un simbólico viaje desde la República de Venecia a la de Sudáfrica, pasando por la ciudad de Doha.

**ABSTRACT:** Drugs are economic goods for a right to health care protection, nevertheless, not all people can access to this essential product in equal conditions. The globalization of the system of patents and the monopolistic structure of the drugs market have become the patient in general — and in the developing countries, in particular —, in a prisoner of the market. In fact, pharmaceutical industry's regulation by the World Trade Organization has contributed decisively to this. Taking into consideration this issue, we essay in this paper a symbolic journey from the Republic of Venice to South Africa, through the city of Doha.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho a la salud. Acceso al medicamento. Países en vías de desarrollo. Patentes. *Big Pharma*. Enfermedades olvidadas. Medicamentos esenciales.

**KEYWORDS:** Right to health care. Access to medicines. Developing countries. Patents. Big Pharma. Forgotten diseases. Essential medicines.

**SUMÁRIO:** I — El acceso al medicamento como parte integrante del derecho a la protección de la salud frente a la búsqueda de la rentabilidad económica por parte de la industria farmacéutica; II — Países en vías de desarrollo y acceso al medicamento: el derecho a la protección de la salud frente a la regulación de los productos farmacéuticos emanada de la organización mundial del comercio; III — A modo de epílogo: algunas iniciativas privadas para la esperanza y una reflexión crítica final.

## **I — EL ACCESO AL MEDICAMENTO COMO PARTE INTEGRANTE DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD FRENTE A LA BÚSQUEDA DE LA RENTABILIDAD ECONÓMICA POR PARTE DE LA INDUSTRIA FARMACÉUTICA**

Los medicamentos son bienes económicos a través de los que se hace efectivo el derecho a la protección de la salud consagrado en el art. 43 CE, pues contribuyen a prevenir, curar o aliviar enfermedades y a corregir o reparar las secuelas provocadas por éstas, en este sentido se pronuncia el art. 88 de la vigente Ley del Medicamento<sup>2</sup>: «*Se reconoce el derecho de todos los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la prescripción y la utilización de medicamentos y productos sanitarios que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias*».

Gracias a los medicamentos, la humanidad ha podido luchar eficazmente contra las enfermedades que, desde siempre, la han amenazado. Constituyen,

2 Ley nº 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, en adelante, LGURMPS (BOE n. 178, de 27 de julio de 2006). La LGURMPS es la norma de cabecera para la regulación del medicamento en España, viene a sustituir a la hasta entonces vigente Ley nº 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (BOE n. 306, de 22 de diciembre de 1990).

en suma, un producto que contribuye a proporcionar una mejor calidad de vida y representan, al mismo tiempo, una esperanza para el futuro. Por todo ello, el acceso al medicamento se identifica inevitablemente como un componente crucial dentro del contenido propio del derecho a la protección de la salud<sup>3</sup>. De acuerdo con la Conferencia Mundial sobre el uso racional de los medicamentos, celebrada en Nairobi en 1985, los pacientes han de recibir los medicamentos apropiados a sus necesidades clínicas, en las dosis adecuadas, en el momento oportuno y con el menor coste tanto para ellos como para la comunidad.

El acceso a los medicamentos no se agota con el acto material de suministrarlos (BERGEL<sup>4</sup>), este acceso ha de reunir una serie de requisitos. El paciente ha de acceder al medicamento en el momento oportuno; un medicamento que ha de ser de calidad, suministrarse en las cantidades adecuadas para responder al tratamiento y, por supuesto, ser efectivo para el uso al que se le destina. Al acceder a este fármaco, el paciente ha de ser capaz de sufragar su costo sin ver afectadas significativamente sus condiciones de vida, a la vez que ha de contar con una información adecuada sobre el mismo que le permita una utilización racional de este producto, en el marco de la *tercera generación*<sup>5</sup> de leyes del medicamento<sup>6</sup>.

Aunque es cierto que producir esta «mercancía», de alto nivel tecnológico, requiere realizar por parte de la industria un largo y costoso *esfuerzo en investigación e innovación*, también lo es que los recursos del Estado son limitados, por lo que el derecho a la salud debe verse modulado por *conside-*

3 Relación de la que nos hemos ocupado en la obra colectiva: BARRANCO VELA, R. (Dir.) y BOMBILLAR SÁENZ, F.M. (Coord.): *El acceso al medicamento. Retos jurídicos actuales, intervención pública y su vinculación al derecho a la salud*, Comares, Granada, 2010.

4 BERGEL, S.D.: «Bioética y el derecho humano de acceso a los medicamentos», en *Actas del IV Congreso Mundial de Bioética*, SIBI, Gijón, 2005, pp. 170 a 190; en esp., p. 176.

5 La *primera generación* de leyes del medicamento exigió que los medicamentos fuesen seguros, pero no se ocupó de velar porque efectivamente éstos así lo fuesen. A partir de 1962, tras la tragedia de la *Talidomida*, podemos hablar de una *segunda generación* de leyes del medicamento. Desde ese momento, y velando por la salud pública de la ciudadanía, la Administración se ha ocupado de evaluar y controlar cada uno de los medicamentos que son puestos en el mercado. Calidad, seguridad y eficacia son los objetivos que guían su procedimiento de autorización. La Administración controla que los medicamentos (1) alcancen los requisitos de calidad establecidos; (2) que sean seguros, no produciendo en condiciones normales de uso efectos tóxicos o indeseables desproporcionados al beneficio que procuran; (3) que sean eficaces en las indicaciones terapéuticas aprobadas; y, especialmente en España, (4) que estén correctamente identificados y acompañados de la información precisa para su utilización. Estas ideas son tratadas con el detalle que se merecen – y que aquí no le puedo dispensar – en mi tesis doctoral: *Intervención administrativa y régimen jurídico del medicamento en la Unión Europea*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2010. Dentro de la intervención sobre el medicamento ligada al orden público podemos destacar, entre otros, los siguientes trabajos: DOMÉNECH PASCUAL, G.: *Régimen jurídico de la farmacovigilancia*, Civitas, Navarra, 2009 o VALVERDE LÓPEZ, J. L.: *Hacia un Estatuto Jurídico Mundial de los Medicamentos*, Discurso de apertura en la Universidad de Granada del curso académico 2006-2007, Universidad de Granada, Granada, 2006.

6 Una *tercera generación* en la que – sin descuidar los requisitos de seguridad, calidad y eficacia a cumplir por todo medicamento – se va un paso más allá, buscando la *utilización racional* del mismo: que la ciudadanía sólo consuma aquellos medicamentos que respondan a un equilibrio entre utilidad terapéutica y coste. Los Estados miembros deben marcarse como línea prioritaria de trabajo: *la accesibilidad a un sistema de calidad gestionado de manera sostenible*, de una manera viable económicamente. Este es el gran reto de la asistencia sanitaria pública en Europa.

*raziones económicas*<sup>7</sup>. El Estado no sólo ha de preservar la salud de la ciudadanía también la de las arcas públicas<sup>8</sup>, que deben hacer frente a muchas otras necesidades de su población. Estas medidas<sup>9</sup>, que persiguen lograr un uso más racional de los recursos financieros del Sistema Nacional de Salud, llevan aparejadas también una serie de inconvenientes, a saber: (1) el nulo incentivo a la investigación, al quedar atenuada la perspectiva de beneficios futuros; (2) la rápida renovación del mercado con nuevas especialidades de escasa aportación y más caras (fenómeno conocido como los *me-too*), hacia las cuales se inclina la preinscripción; o, finalmente, (3) el aumento del precio de las excluidas de la intervención. Por otro lado, estas medidas falsean el funcionamiento del mercado, que no puede llamarse, por ello, único, provocando que los precios de los medicamentos varíen considerablemente según el Estado miembro en cuestión, y mermando la competitividad del sector. Razón por la cual, desde tiempo inmemorial se han producido tensiones entre el tándem industria-farmacéuticos y la Administración<sup>10</sup>.

El acceso al medicamento se ve condicionado por estos factores, y en especial, por la búsqueda de rentabilidad económica perseguida por la industria farmacéutica. En nuestra sociedad actual, ha quedado invertida por completo la secuencia propia de lo que ESTEVE PARDO ha dado en llamar el

- 
- 7 Véase, en Italia, CASSESE, S.; PARDOLESI, R. & CARAVITA DI TORITO, B.: «La disciplina dei prezzi dei farmaci», *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2003, pp. 3117 y ss.; o, ya en España, la monografía de QUIRÓS HIDALGO, J. G.: *La prestación farmacéutica de la Seguridad Social*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2006.
  - 8 La acuciante crisis económica en la que vivimos ha motivado que el Estado español haya legislado con ahínco, a través del discutible instituto del decreto-ley, fórmulas que sirvan para aminorar y controlar nuestro elevado gasto público farmacéutico; entre otros, los siguientes: el Real Decreto-ley 4/2010, de 26 de marzo, de racionalización del gasto farmacéutico con cargo al Sistema Nacional de Salud (BOE n. 75, de 27 de marzo), el Real Decreto-ley nº 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (BOE n. 126, de 24 de mayo), y/o el Real Decreto-ley nº 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011 (BOE n. 200, de 20 de agosto de 2011). También las Comunidades Autónomas han legislado a este respecto. A modo de ejemplo, podemos hacer mención al Decreto-Ley nº 3/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía (BOJA n. 245, de 16 de diciembre de 2011).
  - 9 En un mercado tan complejo como el del medicamento, donde el que decide (el médico prescriptor) ni paga ni consume el medicamento; el que lo consume, ni lo paga (al menos íntegramente) ni decide; y el que lo paga (el Estado), ni lo consume ni decide; es lógico que se implementen una serie de mecanismos para actuar sobre la dimensión económica del medicamento, tanto sobre su precio (con la fijación del precio industrial y de los márgenes comerciales) como sobre su financiación (con la financiación selectiva, el copago y los precios de referencia); y se promueva el llamado uso racional de este producto o la introducción o el fomento del mercado de genéricos. Mecanismos de fijación o de control de precios y de los procedimientos de reembolso que conduzcan a la fijación de precios más razonables y eviten la especulación, permitiendo que un mayor número de pacientes pueda acceder a estos productos de primera necesidad que son los medicamentos. En pos de todo ello se mueve la tercera generación de leyes del medicamento, guiada por el uso racional de este producto tan especial. De este campo se ocupa Celine BAES en su tesis doctoral: *El uso racional del medicamento. Fundamento de la intervención administrativa en el sector farmacéutico*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2010.
  - 10 Mientras que la Administración ha acogido con entusiasmo estas medidas con el fin de reducir la gruesa factura del gasto público farmacéutico, la industria ha visto en ellas una discriminatoria alteración del mercado, que merma su competitividad; y los farmacéuticos, una excesiva burocratización que les ha complicando en exceso la gestión de sus oficinas de farmacia, provocando ciertos y peligrosos desabastecimientos en los continuos períodos transitorios.

*paradigma Galileo*<sup>11</sup>, supeditándose «la investigación científica a los objetivos de explotación técnica y rentabilidad económica». Es lo que se conoce como *tecnociencia*. Las decisiones en materia de investigación científica (líneas de investigación, objetivos, métodos...) se toman hoy día – también en el campo del medicamento – atendiendo a unos muy estudiados cálculos coste-beneficio, que deciden, en último término, el que se investigue y produzca un determinado fármaco. Muy atrás en el tiempo quedó aquel período en el que el científico, con total libertad, se empeñaba en desentrañar los secretos de la naturaleza, en la búsqueda del conocimiento, y luego, accesoriamente, llegado el caso, en la rentabilización económica de su hallazgo. Ahora, por el contrario, desde el primer momento, la investigación va enfocada precisamente a ese objetivo: a la extracción de la máxima rentabilidad económica de los productos que surjan de la aplicación de esos conocimientos<sup>12</sup>. Un planteamiento que responde sin ambages a una lógica empresarial, y que va más allá de la concepción clásica de la libertad de investigación científica.

Lo cierto es que, ante este panorama sucintamente descrito, los dirigentes de la industria farmacéutica no quieren correr grandes riesgos, no quieren innovar. Muchos han volcado su atención hacia las personas sanas y ricas, intentando convertir a la gente normal en pacientes que consumen fármacos sin necesidad; sacando provecho, a través de estudiadas campañas de marketing, de nuestro miedo a la muerte, al deterioro físico y a la enfermedad<sup>13</sup>. La preocupación por la salud se ha transformado en la *preocupación por la enfermedad*. Sólo así se comprende que, con menos del 5% de la población mundial, EE.UU. atesore casi el 50% de todo el mercado de prescripciones médicas, habiendo aumentado el gasto farmacéutico en casi un 100% en tan sólo seis años. Esto es

- 
- 11 Acerca del paradigma Galileo y la supeditación de la investigación científica a los objetivos de explotación técnica y rentabilidad económica, es imprescindible consultar la obra de ESTEVE PARDO, J.: *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009; en esp., pp. 66 y ss. En palabras de este autor: «No es desde luego la búsqueda de la verdad, ni la curiosidad del científico, ni la expansión del conocimiento, lo que promueve la tecnociencia y marca sus objetivos. Sino la calculada aplicación técnica de sus resultados para la obtención de un beneficio económico o de una posición de dominio derivada de esa ventaja tecnológica que se aplica también – se reinvierte de algún modo – a mantener los puestos de vanguardia en la investigación científica» (p.73). En clara coherencia con este marco empresarial, los científicos que se encuadran dentro de los laboratorios farmacéuticos quedan subordinados a los fines y objetivos que les marquen dichas organizaciones, viendo muy limitada su libertad de decisión. Salvando las distancias, el científico se convierte en un simple *empleado* de esta particular empresa, ajeno al resultado final al que da lugar su trabajo. Sus líneas de investigación, métodos y objetivos le vienen marcados por el vértice del laboratorio, trabaja en parcelas acotadas de la cadena de creación del medicamento, y los beneficios y réditos de su trabajo se los lleva el laboratorio promotor de la investigación, a cuyo favor jugará el secreto industrial, el régimen de patentes y las autorizaciones de comercialización.
  - 12 Muy ilustradoras al respecto son las manifestaciones, hace treinta años, del entonces director ejecutivo de Merck, Henry Gadsten, afirmando sin tapujos a la revista *Fortune* que su sueño sería fabricar medicamentos para gente sana: «vender a todo el mundo», como lo hacía el fabricante de chicles *Wrigley's*. En una entrevista a W. ROBERSTON, en la revista *Fortune*, marzo de 1976, recogida por MOYNIHAN, R. & CASSELS, A.: *Medicamentos que nos enferman e industrias farmacéuticas que nos convierten en pacientes*, Terapias Verdes, Barcelona, 2006, p. 9.
  - 13 En este sentido, cada vez se recetan más antidepresivos (los jóvenes australianos consumieron en 2000 diez veces más antidepresivos que en 1990) y fármacos para reducir el nivel de colesterol (el consumo ha subido un 300% en Canadá en aproximadamente diez años).

expuesto, entre otros, por MOYNIHAN y CASSELS, en su *best seller* periodístico *Medicamentos que nos enferman e industrias farmacéuticas que nos convierten en pacientes*, donde se recoge esta lapidaria afirmación: «hay mucho dinero que ganar con tan solo decir a los sanos que están enfermos»<sup>14</sup>.

Es el caso de las conocidas como *píldoras de la felicidad*, en relación con aquellas *enfermedades* propias del *estilo de vida* de nuestra sociedad: estrés, depresión o calvicie. La industria farmacéutica ha conseguido redefinir y ampliar el concepto de enfermedad, transformando en enfermedad estados de la vida cotidiana no necesariamente patológicos (menopausia, timidez...), con el objetivo de expandir el mercado y sus ganancias, vendiendo unos medicamentos que no requieren grandes dosis de investigación o innovación tecnológica a pacientes que realmente no los necesitan; y que, precisamente por el consumo de los mismos, pueden *arriesgar* su salud, al verse afectados por los efectos secundarios de éstos. Por tanto, y aún reconociendo el importante papel que la industria farmacéutica juega en pro de la salud de la ciudadanía, y el innegable trabajo que realizan los científicos y demás personal que en ella se integra, no se puede negar el hecho de que los laboratorios farmacéuticos buscan, como cualquier otra empresa, la *rentabilidad económica*.

## II – PAÍSES EN VÍAS DE DESARROLLO Y ACCESO AL MEDICAMENTO: EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD FRENTE A LA REGULACIÓN DE LOS PRODUCTOS FARMACÉUTICOS EMANADA DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

No causa extrañeza que esta industria, que vemos se desvive por *conquistar* nuevos clientes y mercados, sea poco propensa a elaborar medicamentos para el tratamiento de *enfermedades raras* o poco frecuentes, que conllevan una escasa rentabilidad por el reducido número de afectados y el elevado gasto en investigación e innovación que generan<sup>15</sup>, ¡y menos aún, para las *enfermedades olvidadas* de los países del Tercer Mundo!, esto es, para aquellas cuya morbilidad y mortalidad es muy elevada en los países en vías de desarrollo, siendo prácticamente inexistente en los países del mundo *desarrollado*. Así, el 14% de la población mundial – el que vive en los países del *primer mundo* – consume el 80% de los medicamentos. La industria no

14 MOYNIHAN, R. & CASSELS, A.: *Medicamentos que nos enferman...*, op. cit., p. 9. En esta misma línea, me remito también a JARA, M.: *Traficantes de salud. Cómo nos venden medicamentos peligrosos y juegan con la enfermedad*, Icaria, Barcelona, 2007 (3ª ed).

15 Para intentar corregir esta situación vio la luz el Reglamento (CE) 141/2000, de 16 de diciembre de 1999, sobre medicamentos huérfanos y el Reglamento 847/2000 de la Comisión, de 27 de abril de 2000, por el que se establecen las disposiciones de aplicación de los criterios de declaración de los medicamentos huérfanos y la definición de los conceptos de «medicamento similar» y «superioridad clínica». Esta cuestión ha sido analizada con detalle por BARRANCO VELA, R.: «El estatuto jurídico de los medicamentos huérfanos en la Unión Europea: El derecho a la salud de los pacientes con enfermedades raras», en *El acceso al medicamento...*, op. cit., pp. 107-136.

investiga – al menos, no lo suficiente – para producir nuevos medicamentos que sirvan para atajar los problemas de salud pública de este 86% restante<sup>16</sup>.

Los medicamentos no son la panacea para todos los males, pero sí es cierto que son un elemento imprescindible para afrontar los problemas de salud que asolan a nuestra población. Los poderes públicos han de promover iniciativas que conduzcan a un acceso al medicamento equitativo y racional, propiciando que éstos sean accesibles y financieramente asequibles, de acuerdo con la referida Conferencia de Nairobi de 1985. No en vano, este fue uno de los Objetivos del Milenio fijados por la ONU (en concreto, el número 17). Aún hoy, 320 millones de personas en África<sup>17</sup> sólo tienen acceso al 50% de la lista de medicamentos esenciales diseñada por la OMS. Del mismo modo, se han de atajar desde la raíz los problemas que en materia de salud pública afectan a las personas que habitan en los países en vías de desarrollo, mejorando sus precarias condiciones de vida y poniendo coto a la desnutrición y malnutrición o a la falta de agua potable y de infraestructuras sanitarias que padecen.

Diez grupos farmacéuticos poseen el 50% del mercado mundial de medicamentos, son los llamados *Big Pharma*<sup>18</sup>: Pfizer, GlaxoSmithKline, Novartis, Sanofi-Aventis, Lilly... Laboratorios con derechos exclusivos para fabricar y comercializar estos productos. Aunque gracias a la industrialización y a la maquinaria de aplicación farmacéutica ha sido posible la producción a gran escala de los medicamentos necesarios para abastecer a toda la población, la globalización del sistema de patentes y esta estructura monopolística del mercado ha convertido al paciente – en general, y al que se encuentra en los países en vías de desarrollo, en particular –, en *prisionero* del mercado.

Lo que nos debe llevar a plantearnos, una vez más, la siguiente pregunta, enunciada en repetidas ocasiones – muy gráficamente – por el Dr. Germán

16 Un tercio de la población mundial, dos mil millones de personas, el que vive en los países en vías de desarrollo, se ve afectado en la actualidad por enfermedades (el botulismo, la malaria, la enfermedad del sueño, la enfermedad de Chagas, la *leishmaniasis*, la tuberculosis o la lepra) que son curables en el llamado *primer mundo*, sin poder acceder a un tratamiento eficaz por falta de recursos económicos. Así, diversas ONGs, como *Farmamundi*, alertan de la carencia de tratamientos eficaces y seguros para enfermedades tropicales que afectan y matan a millones de personas cada año. Hay estudios que demuestran que, de las 1.223 nuevas entidades químicas comercializadas entre 1975 y 1999, sólo trece servirían específicamente para el tratamiento de enfermedades tropicales y, de ellas, sólo cuatro podrían considerarse procedentes del esfuerzo innovador de la industria farmacéutica. Véase FARMAMUNDI: *Cooperación al desarrollo y medicamentos esenciales. Conclusiones del II Curso de Salud y Atención Farmacéutica en Países en Vías de Desarrollo (24-27 de abril del 2001)*, Alfafar (Valencia), 2002.

17 BERGER: «los países más pobres, casi abandonados de la mano de Dios, diezmados por deudas externas imposibles de pagar, víctimas de prácticas comerciales que ostensiblemente afectan sus ingresos (subsídios, barreras aduaneras, etc.), son los que están más alejados de poder ofrecer a sus habitantes la provisión universal de medicamentos esenciales». BERGEL, S. D.: «Bioética y el derecho humano de acceso a los medicamentos», op. cit., p. 184.

18 La industria farmacéutica se ha visto inmersa en los últimos años en un continuo proceso de fusiones y adquisiciones de empresas con objeto de rentabilizar al máximo sus beneficios en un sector tan altamente competitivo como el farmacéutico, como analiza CARVAJAL VILLANUEVA, O. R., en «Futuro de las fusiones en la industria farmacéutica mundial», *Negotium*, n. 1 (2005), pp. 12-34.

VELÁSQUES ARANGO<sup>19</sup>: ¿los medicamentos son un derecho o una mercancía? La respuesta a esta cuestión abre un debate ético y jurídico<sup>20</sup>, y nos lleva a analizar cómo ha afectado la regulación internacional de los productos farmacéuticos emanada desde la Organización Mundial del Comercio al derecho a la protección de la salud, lo que ha estudiado con acierto Xabier SEUBA<sup>21</sup>. Veamos cómo están las cosas.

Los intereses económicos en juego han propiciado que el derecho a la propiedad intelectual prevalezca sobre el derecho a la protección de la salud. Buena prueba de ello es el *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio* (más conocido como el ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio, negociado en la Ronda Uruguay (1986-94). Fue en el ADPIC donde se estableció que la protección de las invenciones mediante *patente*<sup>22</sup>, incluyendo las farmacéuticas, debía durar como mínimo veinte años, y se recogieron los derechos mínimos de los que debía gozar el titular de una patente. Gran parte de los *medicamentos esenciales*<sup>23</sup> para los países en vías de desarrollo, con los que se puede hacer frente a las principales necesidades sanitarias de la población, han sido desarrollados en los últimos veinte años. Ello ha permitido que los laboratorios farmacéuticos

19 Por ejemplo, en su trabajo VELÁSQUES, G.: «Medicamentos: ¿derecho o mercancía?» en LE MONDE DIPLOMATIQUE: *Medicamentos: ¿derecho o mercancía? Salud y comercio, laboratorios, patentes farmacéuticas y multinacionales...*, Selección de artículos de Le Monde Diplomatique, Editorial Añu Creemos En Los Sueños, Santiago de Chile, 2006, pp. 15 a 25.

20 DUKES, G.: *The law and ethics of the pharmaceutical industry*, Elsevier, Amsterdam, 2006, en particular su capítulo octavo: «The Industry and the Developing World», pp. 263 y ss.

21 SEUBA, X.: *La protección de la salud ante la regulación internacional de los productos farmacéuticos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009.

22 La *patente* es el título que protege una innovación y que lleva aparejado una serie de derechos que permiten a los laboratorios farmacéuticos recuperar la costosa inversión realizada en innovación tecnológica y desarrollo (en recursos humanos, materiales, económicos...) para que un medicamento sea puesto en el mercado. Véase VICENT CHULIÀ, F.: «Las relaciones entre el régimen de la patente de medicamento y el de las especialidades farmacéuticas», en *La vida jurídica del medicamento: efecto de la nueva normativa sobre la titularidad, transferencia, uso y circulación del medicamento*, CEFI, Barcelona, 1993, pp. 33 a 54.

En la Unión Europea existen dos sistemas de patentes: las nacionales, contempladas en los ordenamientos jurídicos de cada uno de los Estados miembros, y el sistema europeo, que no comunitario, basado en dos tratados internacionales (el Convenio de Múnich de 1973, sobre la patente europea, y el Convenio de Luxemburgo de 1975, relativo a las patentes comunitarias). No obstante, está en marcha la idea de crear una patente comunitaria válida para toda la Unión.

23 Los *medicamentos esenciales* son definidos por la OMS como aquellos que «sirven para satisfacer las necesidades de atención de salud de la mayor parte de la población a precios en que la comunidad y los individuos puedan acceder a ellos; estos productos deberán hallarse disponibles en todo momento en las cantidades adecuadas y en las formas farmacéuticas que se requieran». Se sabe a ciencia cierta que aproximadamente 250 medicamentos son suficientes para tratar efectivamente más del 90% de las enfermedades existentes en nuestro planeta. Estos medicamentos se recogen en un listado impulsado desde la OMS. Este lista sirve de base para los diferentes Estados y ayuda a priorizar las decisiones terapéuticas y los recursos financieros, evita la utilización de medicamentos desconocidos o innecesarios y, al acotar los mismos, permite un mayor conocimiento del medicamento por parte del personal sanitario, disminuyendo errores en su prescripción, dispensación y uso, y facilitando los controles de calidad y la coordinación. Además, como la mayoría de los medicamentos que se incluyen en esta lista no están protegidos por patentes, se pueden producir como genéricos, con la reducción de costes que eso genera. Véase MEDICUSMUNDI: *Medicamentos y desarrollo. La realidad de los medicamentos: un viaje alrededor del mundo*, 2003; así como el discurso de entrada a la Academia de Farmacia Santa María de España de la Región de Murcia de la Dra. Encarnación ZAMORA NAVARRO, *El medicamento y la globalización*, publicado por dicha Academia en 2005.



hayan podido hacer valer su posición de poder en el mercado, imponiendo el precio de sus medicamentos en las negociaciones con los Estados e impidiendo la comercialización de genéricos de los mismos<sup>24</sup>.

El sistema de patentes en su origen buscaba – de acuerdo con la Ley de Patentes de la *República de Venecia* de 1474, la primera ley de patentes de la historia – obligar a los titulares de patentes a publicar sus invenciones para que éstas no fuesen secretas, pudiendo así enriquecerse a partir de las mismas toda la República. El sistema de patentes se concibió para recompensar al inventor por sus aportaciones a la sociedad, ampliando el conocimiento y saber hasta entonces existente<sup>25</sup>.

Ciertamente, producir esta *mercancía* de alto nivel tecnológico que es un medicamento requiere realizar por parte de la industria un largo y costoso esfuerzo en investigación e innovación<sup>26</sup>. Ante este panorama sucintamente descrito, los dirigentes de la industria farmacéutica no quieren correr grandes riesgos, no quieren innovar<sup>27</sup>. Esto ha desembocado en un sistema corrompido:

24 No se puede tolerar que los grandes laboratorios obtengan grandes rendimientos económicos con enfermedades como el SIDA, y menos que en tal empresa tengan como compañero de viaje a la Universidad. Esto es lo que sucedió en el caso *stavudine*, medicamento antisida, descubierto y patentado por la Universidad de Yale, y comercializado por *Bristol-Myers-Squibb* (MBS), uno de los medicamentos que protagonizó en el año 2000 las movilizaciones en Sudáfrica. Véase DEMENET, P.: «Laboratorios que ganan fortunas con el SIDA», en *Medicamentos: ¿derecho o mercancía?*, op. cit., pp. 45 a 54.

25 En concreto, dicha Ley recogía lo siguiente: «Hay en esta ciudad [...] hombres de distintos lugares y mentes muy brillantes, capaces de discurrir e inventar toda clase de ingenios [...] cada persona que en esta ciudad, haga cualquier dispositivo nuevo e ingenioso [...] tan pronto como lo perfeccione, debe notificarlo [...] estando prohibido a cualquier otro en cualquiera de nuestros territorios hacer cualquier otro dispositivo en su forma y semblanza, sin consentimiento y licencia del autor durante 10 años [...]». Como alaba VANZAN MARCHINI: «*La ragion di stato e la scienza di governo dal 1474 ispirarono alla Repubblica di Venezia la scelta di vagliare le domande degli inventori che volessero registrare il brevetto delle loro scoperte, ne conseguì il duplice vantaggio di conoscere e favorire lo sviluppo tecnologico e di poterlo utilizzare per la crescita economica della Serenissima*», en BERVEGLIERI, R. (en colaboración con P. VECCHI para la parte documental y prólogo de N.-E. VANZAN MARCHINI): *Tutela e Brevetazione in campo medico farmaceutico nella Serenissima Repubblica*, Tecnologos, Venezia, 2007.

26 En relación con las patentes farmacéuticas, véanse al respecto, entre otras, las obras de BANUS DURÁN, J. *et al*: *La protección jurídica de las invenciones y la industria químico-farmacéutica*, Montecorvo, Madrid, 1974; OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C.: *El comercio internacional de medicamentos*, Dykinson, Madrid, 2006; o SOTO VÁZQUEZ, R.; CÁRDENAS Y ESPINOSA, R. A.; PARRA CERVANTES, P. & CASSAIGNE HERNÁNDEZ, R.: *Protección a la inventiva farmacéutica. Patentes, un elemento de competitividad*, Asociación Farmacéutica Mexicana, México, 2001.

Se estima que, de cada 10.000 moléculas que se ensayan por la industria, tan sólo veinte llegarán a superar la fase de ensayos preclínicos (con animales), y sólo diez, la de ensayos clínicos (con personas), siendo finalmente autorizada, con suerte, como mucho una molécula de todas ellas. Para ello, se habrán invertido entre diez y doce años de trabajo y desembolsado alrededor de 200 millones de euros en actividades de I+D. Datos aportados, en el año 2000, por PHARMA, la patronal estadounidense de la industria farmacéutica (*Pharmaceutical Research and Manufacturers of America*), en *Why do prescription drugs cost so much... and other questions about your medicines*. Esta es la razón por la que el referido período de protección de veinte años se ve reducido en la práctica de una forma drástica. Por todo ello, la vida efectiva de la patente – y el período de exclusividad comercial que ésta otorga – están casi a punto de concluir cuando el medicamento comienza a comercializarse. Para paliar esta situación, se aprobó por las instituciones comunitarias el Reglamento (CE) 1768/1992, por el que se crea un certificado de protección complementaria, ampliando la tutela original de la patente.

27 La industria farmacéutica culpa de esta situación a las medidas emprendidas por los diferentes Estados con el fin de lograr un uso más racional de los recursos financieros del Sistema Nacional de Salud destinados

los laboratorios se sirven de todo tipo de artimañas para, en vez de desarrollar inventos genuinos, obtener patentes sobre adiciones secundarias al conocimiento (*me-too*) que les permitan extender su monopolio sobre un producto o proceso concreto (*evergreening*), proliferado las patentes sobre invenciones triviales. Las patentes recaen sobre versiones *mejoradas* de medicamentos que ya gozaron de una patente, a los que se les hacen ciertos *arreglos cosméticos*<sup>28</sup> para prolongar el monopolio del laboratorio sobre ella<sup>29</sup>.

Un sistema perverso ante el que se rebeló la *República de Sudáfrica*, viéndose demandada en el año 2000 por treinta y nueve empresas farmacéuticas por aprobar una ley sobre medicamentos inspirada en las propias recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Ante la presión pública que estos hechos suscitaron, la Organización Mundial del Comercio (OMC)<sup>30</sup> aprobó en Doha, en noviembre de 2001, una *Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública*, en la que se aclaraba que: «el Acuerdo sobre los ADPIC [...] puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos»<sup>31</sup>.

El propio ADPIC, con el fin de paliar algunos de estos abusos, preveía ya ciertas *flexibilidades*: como la posible expedición por parte de los Gobiernos

---

a la compra de medicamentos. Al falsear el mercado de la competencia, estas medidas desincentivan la investigación, al quedar atenuada para el empresario la perspectiva de beneficios futuros.

28 Es muy conocida la postura a este respecto del Gobierno indio. India estipuló en su Ley de patentes que sólo se reconocerían las patentes de los medicamentos *auténticamente nuevos*, resultado de investigaciones innovadoras en el campo molecular, quedando en sus manos determinar si un medicamento cumplía o no dicha condición. La industria farmacéutica india es un “balón de oxígeno” de cara a posibilitar el acceso al medicamento en los países del Tercer Mundo. No en vano, el 50% de los medicamentos básicos con que cuenta UNICEF proceden de la India. Especialmente necesarios son sus medicamentos genéricos de segunda línea contra el SIDA.

29 A modo de ejemplo, reseñemos en esta sede el conflicto que se presentó en torno a la *cefalosporina*, sobre la que *Bristol-Myers* había obtenido diversas patentes, entre ellas, una sobre una nueva forma cristalina monohidratada que la hacía particularmente adecuada para su presentación en cápsulas. Mientras tanto, *Zenith* desarrolló una forma hemihidratada de ésta a la que designó como CDC. La forma hemihidratada del CDC de *Zenith* sólo difería estructuralmente de la forma monohidratada de *Bristol-Myers* en el número de moléculas de agua. De esta forma, «Un compuesto que no infringe una patente antes de su ingestión por un paciente, se convierte, mediante una modificación metabólica llevada a cabo en el estómago del paciente, en un compuesto protegido por una patente en vigor». CARDENAS Y ESPINOSA, R. A.: «La propiedad intelectual en la industria farmacéutica», op. cit., p. 55.

30 La OMC es una institución internacional de carácter intergubernamental encargada desde 1995, en sustitución del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), de regular globalmente los asuntos comerciales entre Estados, promoviendo una mayor seguridad jurídica dentro del tráfico internacional.

31 Este acuerdo de gran trascendencia mediática no contó con el apoyo de las ONGs. *Médicos Sin Fronteras* (MSF) e *Intermón-Oxfam* emitieron un comunicado conjunto denunciando que este acuerdo se había diseñado para el confort a la industria farmacéutica. Además, ONGs como MSF nos alertan del hecho de que, desde que se aprobara la Declaración de Doha, Estados Unidos ha emprendido una frenética campaña de negociación de acuerdos comerciales bilaterales o regionales con el fin de debilitar o incluso anular por completo todo este acervo. Buena prueba de ello sería el *Acuerdo sobre la Zona de Libre Comercio de las Américas* (ALCA).

de *licencias obligatorias*<sup>32</sup> para abastecer el mercado interno, o la realización de *importaciones paralelas*, a través de las que poder adquirir medicamentos a un menor precio (especialmente genéricos), cuando estuviese justificado por razones de salud pública. No obstante, aunque el ADPIC daba cobijo a estas medidas flexibilizadoras, resultaba muy difícil aplicarlas, ya que, por un lado, se recogían en cláusulas muy tasadas, que no permitían a estos países en vías de desarrollo interpretar como *emergencia nacional* las graves epidemias que los asolaban, y, por otro, no daban la opción a éstos de importar medicamentos genéricos de un tercer país productor.

En la Declaración de Doha se reconoció el derecho de cada uno de sus Estados Miembro a conceder licencias obligatorias, determinando libremente las bases sobre las cuales se concederían éstas: «*cada Miembro tiene el derecho de determinar lo que constituye una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia, quedando entendido que las crisis de salud pública, incluidas las relacionadas con el VIH/SIDA<sup>33</sup>, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias, pueden representar una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia*» [artículo 5 c)].

La Declaración de Doha también se hizo eco de las dificultades extras a las que se veían sometidos los países en vías de desarrollo al no disponer de la suficiente capacidad de fabricación – o carecer totalmente de ella – necesaria para producir estos medicamentos esenciales, lo que les imposibilitaba hacer un uso efectivo de las licencias obligatorias previstas en el ADPIC (éstas estaban concebidas para abastecer el *mercado interno*). Aunque los países menos desarrollados, amparados en el ADPIC podían establecer licencias obligatorias, muchos se encontraban ante la paradoja de no contar con una industria farmacéutica propia que elaborase dichos medicamentos<sup>34</sup>. Esta Declaración fue completada por la *Decisión sobre la aplicación del párrafo 6 de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo ADPIC y la salud pública, de 30 de agosto de 2003*<sup>35</sup>. Desde entonces, las normas del comercio internacional permiten la existencia de terceros Estados exportadores (Estados que pueden conceder licencias obligatorias para la producción de medicamentos genéricos destinados a los países en vías de desarrollo), teniendo éstos libertad para determinar las bases

32 La expedición de licencias obligatorias es un mecanismo jurídico que permite eludir el monopolio de una patente, al posibilitar que los Gobiernos obliguen a los titulares de estas patentes a autorizar la producción de un medicamento de su propiedad a cambio de una modesta compensación financiera. El problema muchas veces, en el caso de las ya comentadas *enfermedades olvidadas*, es que no existe ni tan siquiera un medicamento que utilizar como referencia.

33 Brasil fue el primer país en acogerse a las cláusulas de Doha en relación con la pandemia del SIDA. Me refiero a la importante medida adoptada por el Gobierno brasileño de Lula da Silva, el 4 de mayo de 2007. Ese día, y mediante decreto presidencial, por primera vez en todo el mundo se rompía la patente de un fármaco. En concreto, la del retroviral *Efavirenz* fabricado por la empresa *Merck Sharp & Dohme*, debido al alto precio que ésta cobraba al Estado brasileño por un medicamento esencial para al menos 75.000 infectados con VIH (más de 200.000 personas están afectadas en Brasil por esta enfermedad).

34 Véase GARCÍA VIDAL, A.: «Licencias obligatorias de patentes farmacéuticas», *CincoDías*, edición de 17 de marzo de 2008.

35 Este acuerdo fue ratificado en la V Cumbre Ministerial de la OMC, en Cancún, en septiembre de 2003.

sobre las cuales se conceden tales licencias (en el entendimiento de que el VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias, pueden representar una emergencia nacional).

En el ámbito de la Unión Europea, junto con otras iniciativas<sup>36</sup>, hemos de hacer mención al Reglamento (CE) 816/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006<sup>37</sup>, en vigor en nuestro ordenamiento desde el 29 de junio de 2006, por el se establece un procedimiento comunitario de concesión de licencias obligatorias<sup>38</sup> sobre patentes y certificados complementarios de protección relativas a la fabricación y venta de productos, cuando estos productos estén destinados a su exportación a países en vías de desarrollo<sup>39</sup>. En aplicación de la referida Decisión de la OMC, se crea un sistema armonizado de concesión de licencias obligatorias a escala comunitaria, evitando la distorsión de la competencia entre los operadores de los diversos Estados e impidiendo, asimismo, la reimportación<sup>40</sup> al territorio de la Unión de estos productos.

36 El Programa de acción *Aceleración de la lucha contra el VIH/SIDA, la malaria y la tuberculosis en el contexto de la reducción de la pobreza*, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo *Un marco político europeo coherente para la actuación exterior en la lucha contra el VIH/SIDA, la malaria y la tuberculosis* o la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2005, sobre enfermedades principales y enfermedades olvidadas en los países en desarrollo.

37 DO, n. L 157, de 9 de junio de 2006.

38 Las autoridades competentes comprobarán que se dan las condiciones necesarias para poner en marcha el proceso. Entre ellas, que cada miembro importador de la OMC mencionado en la solicitud haya presentado una notificación a dicha organización respecto a cada uno de los productos contemplados en la solicitud, o que el país importador en cuestión, con excepción de los PMA (Países Menos Adelantados, incluidos en la pertinente lista de la ONU), haya determinado que sus capacidades de fabricación en el sector farmacéutico son insuficientes o inexistentes.

Entre las condiciones de admisibilidad de la solicitud, hemos de destacar aquella por la que se exige al solicitante de una licencia obligatoria presentar a la autoridad competente pruebas satisfactorias de haberse esforzado por obtener la autorización del titular de los derechos de la patente y de que dichas negociaciones previas no han sido fructíferas en un período de 30 días anterior a la presentación de la solicitud, salvo en situaciones de emergencia nacional, otras circunstancias de extrema urgencia o los casos de utilización pública con fines no comerciales del artículo 31 b) del ADPIC.

El licenciataria tendrá que remunerar adecuadamente al titular de los derechos, tal y como lo determine la autoridad competente. En los supuestos de emergencia nacional, la remuneración será como máximo el 4% del precio total que deberá pagar el país importador y, en los demás casos, la misma se determinará teniendo en cuenta el valor económico de la utilización autorizada al país importador, así como las circunstancias humanitarias en juego. Al hilo de esta cuestión, es interesante destacar que la licencia podrá revocarse si el licenciataria no respeta las condiciones.

39 Para una visión crítica de este reglamento comunitario, véase SENA, G.: «Note critiche al Regolamento (CE) n. 816/2006 del 17 maggio 2006 concernente la concessione di licenze obbligatorie per brevetti relativi alla fabbricazione di prodotti farmaceutici destinati alla esportazione verso paesi con problemi di salute pubblica», *Rivista di Diritto Industriale*, 2007, Parte III, pp. 13-14.

40 El sistema de concesión de licencias obligatorias establecido por este Reglamento se propone abordar problemas de salud pública, por lo que debe utilizarse de buena fe, no para perseguir objetivos de política industrial o comercial. En este sentido, se prevé un reforzamiento de la acción aduanera en las fronteras exteriores de cara a evitar la posible reimportación en el territorio de la Comunidad de productos farmacéuticos fabricados y vendidos para la exportación a los países en vías de desarrollo al amparo de una licencia obligatoria. Es más, con el fin de impedir este posible desvío no querido por la norma, se intentará en todo momento no facilitar la sobreproducción de estos productos por parte de las autoridades competentes y que los productos fabricados al amparo de la licencia obligatoria se identifiquen claramente. Véase al respecto el Reglamento (CE) 953/2003, del Consejo, de 26 de mayo de 2003, destinado a evitar el desvío comercial hacia la Unión Europea de determinados medicamentos esenciales.

### III — A MODO DE EPÍLOGO: ALGUNAS INICIATIVAS PRIVADAS PARA LA ESPERANZA Y UNA REFLEXIÓN CRÍTICA FINAL

Pese a todo lo dicho, también hay que reconocer las iniciativas puestas en marcha por algunas fundaciones y empresas farmacéuticas en pos del acceso al medicamento en los países en vías de desarrollo, encauzadas, desde los años noventa, en diversas alianzas público-privadas (más de 24 en la actualidad)<sup>41</sup>. A través de estas iniciativas, los grandes laboratorios farmacéuticos<sup>42</sup> se comprometen a donar sus productos en la cantidad necesaria para erradicar enfermedades<sup>43</sup> como la oncocercosis, la enfermedad del sueño, la lepra, la poliomielitis, el tracoma, la elefantiasis, la hepatitis, la malaria, la tuberculosis o el VIH/SIDA<sup>44</sup>. Junto a las razones puramente filantrópicas, también podemos vislumbrar detrás de este comportamiento el interés de los *big pharma* por mejorar su imagen pública tras las protestas suscitadas con la aprobación del ADPIC en los países en vías de desarrollo, y la búsqueda por parte de los

41 Lo que analiza VALVERDE MUÑOZ, S. en «Los derechos de propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos, a nivel mundial», en *El acceso al medicamento...*, op. cit., pp. 83 a 105.

42 No son tantos los Estados que se implican verdaderamente en esta cuestión. En concreto, destaca el papel de Irlanda, los Países Bajos, Reino Unido y Suiza. Europa – como ha reconocido la propia Comisión Europea en una de sus comunicaciones – «está quedando rezagada respecto a Estados Unidos en su capacidad para crear, organizar y apoyar procesos innovadores». Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. *Una industria farmacéutica europea más fuerte en beneficio del paciente. Un llamamiento para la acción*. COM (2003) 383 Final, Bruselas, de 1 de julio de 2003, p. 3.

Ello es muy grave ya que, como expusiera el Comité Económico y Social, «una industria europea competitiva e innovadora es la solución que garantiza la disponibilidad de nuevos fármacos más eficaces y seguros, conlleva a corto plazo innegables ventajas en términos de empleo de alto nivel cualitativo y supone una contribución importante a una balanza de pagos favorable; a largo plazo, conduce a la reducción del gasto sanitario gracias a la reducción de la duración de las hospitalizaciones y de la dependencia de importaciones de otras áreas geográficas». COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL: *El papel de la Unión Europea para una política farmacéutica que responda a las necesidades de los ciudadanos: mejorar la asistencia, relanzar la investigación innovadora y controlar la dinámica del gasto sanitario*. Dictamen de 16 de enero de 2001 p. 123. Véase también RODRÍGUEZ NOZAL, R. & GONZÁLEZ BUENO, A.: «Industria, innovación y repercusión social», en ESTEVA DE SAGRERA, J. et al: *El medicamento y la vida humana*, Ars Medica, Barcelona, 2006, p. 64.

Aún hoy, casi 20 años después, podemos hacer nuestras las duras palabras con las que la Exposición de Motivos de la Ley n° 13/1986, de 14 de abril de 1986, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica (la conocida como *Ley de la Ciencia*) describía el panorama de la actividad de I+D a mediados de los años ochenta en nuestro país: «La investigación científica y el desarrollo tecnológico se han desenvuelto tradicionalmente en España en un clima de atonía y falta de estímulos sociales, de ausencia de instrumentos que garantizasen la eficaz intervención de los poderes públicos en orden a la programación y coordinación de los escasos medios con que se contaba, falta de conexión entre los objetivos de la investigación y las políticas de los sectores relacionados con ella, así como, en general, entre los centros de investigadores y los sectores productivos». Ante este negro panorama, autores como ESPÍN-BALBINO apuestan por crear entornos favorables a la innovación y al desarrollo industrial. Véase su Tesis Doctoral *Ensayos sobre políticas de salud pública, regulación económica de medicamentos y evaluación económica*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2010.

43 Por ejemplo, el *Programa Africano de Lucha contra la Oncocercosis* (APOC), la *Alianza Mundial para la Eliminación de la Filariasis Linfática*, la *Iniciativa de Erradicación Mundial de la Poliomielitis*, la *Iniciativa internacional contra el Tracoma* o la *Alianza Mundial para la Eliminación de la Lepra*.

44 En relación con el VIH, hemos de hacer mención a la *Iniciativa para Acelerar el Acceso* (AAI, por sus siglas en inglés), establecida en el año 2000, donde se dan cita siete empresas farmacéuticas (Abbott, Boehringer Ingelheim, Bristol-Myers Squibb, Gilead Sciences, GlaxoSmithKline, Roche y Merck & Co., Inc) y cinco asociados de las Naciones Unidas (ONUSIDA, OMS, Banco Mundial, UNICEF y FNUAP).

laboratorios farmacéuticos de las ventajas fiscales que este tipo de donaciones generan. Es también muy reseñable el papel de ciertas fundaciones sin ánimo de lucro (como el *Howard Hughes Medical Institute*<sup>45</sup>, en los Estados Unidos, y el *Wellcome Trust*<sup>46</sup>, en Reino Unido), de cara a la financiación de la investigación biomédica, destacando la labor emprendida a este respecto por la *Fundación Bill y Melinda Gates*<sup>47</sup>, galardonada con el Premio Príncipe de Asturias de Cooperación Internacional en 2006.

En cualquier caso, nos encontramos ante un problema global que requiere una respuesta global, y no sólo por parte de los laboratorios farmacéuticos, los Gobiernos también han de implicarse de forma decidida en esta cuestión, coordinando sus líneas de actuación a nivel mundial a través de medidas estructuradas y sostenibles. No podemos dejar la solución a este grave problema al albur de los posibles sentimientos altruistas de unas empresas privadas que, como es lógico, buscan alcanza la mayor rentabilidad económica posible para sus productos. Ello está condenado al fracaso. En este sentido, VALVERDE MUÑOZ<sup>48</sup> apuesta por que los Gobiernos se doten a nivel mundial de unas estructuras institucionales de integración en el seno de las Naciones Unidas, partiendo de los organismos ya en ella existentes (OMS, FAO o UNESCO), pero aún no plenamente operativos. Instituciones democráticas mundiales, basadas en mecanismos de integración de tipo federal, en el marco de un estatuto jurídico del medicamento a nivel mundial, junto a Agencias multinacionales que dejen en un segundo plano las soluciones nacionales o particularistas adoptadas hasta ahora por los diferentes Estados. Instituciones que dicten normas globales – consensuadas con todos los actores implicados, en especial, con los países en vías de desarrollo – de obligado cumplimiento en todos los Estados, bajo la tutela de Tribunales autónomos.

---

45 Instituto de investigación médica sin ánimo de lucro situado en Chevy Chase (Maryland). Fue fundado por el aviador e ingeniero Howard Hughes, en 1953. Nos remitimos a su web: <http://www.hhmi.org/>

46 El *Wellcome Trust*, fundado en 1936, fomenta y promueve la investigación con el fin de mejorar la salud de la ciudadanía. Con un presupuesto de alrededor de 13 billones de libras, se ha convertido en la mayor ONG del Reino Unido en el terreno de la financiación biomédica. El *trust* nació para administrar la fortuna del magnate farmacéutico Sir Henry Wellcome. Desde finales de los años ochenta, *Wellcome* – en la actualidad, tras diferentes fusiones, *GlaxoSmithKline* (GSK) – ha ido dejando atrás su posición como laboratorio comercializador de productos farmacéuticos, apostando decididamente por la investigación y las acciones filantrópicas. Nos remitimos a su sitio web: <http://www.wellcome.ac.uk/>

47 Con sede en la ciudad de Seattle, esta fundación nació en el año 2000 de la mano del matrimonio Gates, Bill (el célebre creador de *Microsoft*) y Melinda Gates, dotándola económicamente con 23.000 millones de dólares. Entre sus campañas, destaca la donación de 200 millones de dólares en 2004 para promover la prevención del SIDA en India, o de 500 millones de dólares en el año 2006 a través del Fondo Global contra el SIDA, la tuberculosis y la malaria. Más información al respecto se recoge en su página web oficial: <http://www.gatesfoundation.org/Pages/home.aspx>. Para una visión crítica acerca del trabajo de esta fundación, véase el interesante artículo «*Dark cloud over good works of Gates Foundation*» publicado por Charles Pillar, Edmund Sanders y Robyn Dixon, en *Los Angeles Times*, en su edición de 7 de enero de 2007, *on line* en: <http://www.latimes.com/news/la-na-gates07jan07,0,2533850.story>

48 VALVERDE MUÑOZ, S. en «Los derechos de propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos, a nivel mundial», en *El acceso al medicamento...*, op. cit., pp.103 a 105.

## Las Medidas Cautelares en el Proceso Contencioso-Administrativo en España\*

CARMEN CHINCHILLA MARIN

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá (Madrid), Abogada de J&A Garrigues, Ex Letrada del Tribunal Constitucional español.

Submissão: 16.09.2013

Decisão Editorial: 10.10.2013

**RESUMEN:** este trabajo constituye un estudio de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo español. En él se analiza el fundamento constitucional de las medidas cautelares; su naturaleza de derecho fundamental; los presupuestos de su adopción y los aspectos procedimentales. Todo ello sobre la base del análisis de la Ley y de la jurisprudencia.

**ABSTRACT:** this paper studies the interim relief of the precautionary measures in the Spanish administrative proceedings. On the basis of the Law and cases law analysis, it analyzes the constitutional basis of the interim reliefs, its right nature, its adopting assumptions and the procedural issues.

**PALABRAS CLAVE:** justicia administrativa; derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; las medidas cautelares como garantía de la efectividad de las sentencias.

**KEYWORDS:** administrative justice system, right to effective remedy, interim relief and senece enforcement.

**SUMARIO:** I – Introducción: La importancia de la tutela cautelar en el proceso, en general, y en el contencioso-administrativo, en particular; II – El fundamento de la tutela cautelar; III – La regulación de las medidas cautelares en la Ley nº 29/1998, *Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (LJCA). 1 Los rasgos esenciales del régimen jurídico de la tutela cautelar definido en la LJCA: garantía de efectividad de la sentencia y cláusula general de medidas cautelares y contracautelares; 1.1 La tutela cautelar como garantía de la efectividad de la sentencia; 1.2 La cláusula general de medidas innominadas; 1.3 Las medidas de contracautela; 2 Los presupuestos de

---

\* Este trabajo está dedicado al profesor Rafael Barranco Vela, compañero y entrañable amigo. Tuve la suerte de compartir con él mis años de Universidad en Granada. No fue, entonces, un compañero más; fue nuestro infatigable delegado de Curso y el amigo con el que compartimos muchas horas de alegría en los patios de la Facultad, en la cafetería y en la casona de Monachil. Desde el recuerdo de aquellos años tan felices y de todo lo que hemos compartido después, por nuestro común oficio de profesores de Derecho Administrativo, descansen en paz.

adopción de las medidas cautelares: *periculum in mora* para las medidas de régimen común y *fumus boni iuris* para las medidas de régimen especial; 2.1 Las medidas de régimen común: *periculum in mora*; 2.2 Las medidas de régimen especial: *fumus boni iuris*; 3 La ponderación circunstanciada de todos los intereses enfrentados en el proceso; 4 Aspectos procedimentales de la tutela cautelar; 5 Eficacia y ejecutividad de las medidas cautelares adoptadas.

## I — INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO, EN GENERAL, Y EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, EN PARTICULAR

En 1921, el procesalista italiano G. Chiovenda escribió, “el tiempo necesario para tener razón no debe causar daño a quien tiene razón”<sup>1</sup>.

Esta expresión, que posteriormente recogió Calamandrei, en su importante obra sobre las Medidas Cautelares<sup>2</sup>, acabaría haciéndola suya la Corte Constitucional italiana, la cual, en su sentencia de 25 de junio de 1985, identificó la mencionada fórmula con el principio constitucional de igualdad y, con base en ella, declaró aplicable al contencioso-administrativo el precepto de la Ley del proceso civil que establecía la cláusula general y abierta de medidas cautelares. Es decir, la Corte Constitucional italiana extendió la aplicación de dicho precepto al proceso contencioso, en el que sólo estaba prevista la suspensión, argumentando que los ciudadanos han de tener la misma protección cautelar de sus derechos cuando litigan con la Administración que cuando litigan con otros ciudadanos.

La frase de Chiovenda, “el tiempo necesario para tener razón no debe causar daño a quien tiene razón”, ha sido reproducida en los fundamentos jurídicos de las sentencias más importantes sobre medidas cautelares del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como en sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional de España.

Ello se debe, en mi opinión, a que expresa muy bien y en pocas palabras la esencia de las medidas cautelares o la tutela cautelar, que no es otra cosa que *la protección que los órganos jurisdiccionales otorgan, de forma provisional, al derecho que se defiende en un proceso para evitar que, durante el tiempo que tarde en tramitarse, ese derecho sufra un daño de tales características que resulte imposible o muy difícil repararlo cuando, finalmente, se dicte la sentencia que, en su caso, lo reconozca.*

Y ello es así porque la tutela judicial *efectiva* de los derechos de los ciudadanos no se satisface solamente dictando una sentencia que dé una respuesta ajustada a Derecho a sus pretensiones, sino que es necesario que esa respuesta pueda ser llevada a efecto en sus propios términos y para eso, en

1 CHIOVENDA, G. *Notas a Cass. Roma, 7 de marzo de 1921*, en *Giur. Civ. e Comm.*, 1921, p. 362.

2 CALAMANDREI, P. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Cedam, 1936.



ocasiones, es preciso adoptar medidas que garanticen el cumplimiento de esa futura respuesta que será la sentencia.

No hace falta ser jurista para saber que la efectividad de la justicia depende, en gran parte, de la rapidez con que se otorgue. Como de la misma manera resulta evidente que un proceso con todas las garantías, para todas las partes interesadas en el mismo, exige tiempo.

De todos es conocido, porque creo que es un fenómeno universal, el retraso con el que los Tribunales resuelven los asuntos que tienen planteados, causado, principalmente, por el gran volumen de recursos que van acumulando, lo que hace que, en ocasiones, el excesivo tiempo transcurrido para dictar sentencia implique que, finalmente, dicha sentencia no pueda cumplirse por quien resulta obligado a ello. Entonces, como se ha dicho con razón, la sentencia, que es la expresión de la tutela judicial, produce más frustración que justicia<sup>3</sup>. Y yo diría más: produce solamente frustración porque resulta que después de alcanzar la certeza de que se tiene derecho, o de que se tiene razón — lo cual no puede decirse hasta ese momento, pues en eso consiste la jurisdicción, en decir qué es el Derecho o quién tiene derecho (*iuris dictio*) —, se tiene igualmente la certeza de que ese derecho, un día perturbado, o indebida e injustamente nunca disfrutado, no podrá restituirse jamás de manera íntegra. Entonces, si esto ocurre, habrá que concluir que la justicia no ha servido para nada, porque no ha sido efectiva, y, por tanto, ha dejado de ser justicia. Porque, como tantas veces se ha dicho, justicia retrasada es justicia denegada.

Cuando el objeto del proceso es la actuación administrativa y las pretensiones que el administrado ejerce frente a ella, las cosas se complican, y ello por dos razones.

En primer lugar, porque, en nuestro ordenamiento jurídico, los actos administrativos se presumen válidos, tienen eficacia inmediata y son ejecutivos<sup>4</sup>, sin que la interposición de un recurso frente a ellos suspenda su eficacia (arts. 57, 94, 95 y 111 de la Ley n° 30/1992, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, LRJPAC<sup>5</sup>).

3 FONT I LLOVET, T., *Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos*, REDA, 34, 1982, p 477.

4 Una excepción a la regla de la ejecutividad de los actos administrativos son las sanciones, pues, de acuerdo con lo establecido en el art. 138.3 de la LRJPAC, sólo son ejecutivas una vez que han agotado la vía administrativa.

5 Art. 57.1: "Los actos de las Administraciones públicas sujetos a Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa".

Art. 94: "Los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los arts. 111 y 138, y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior".

Art. 95: "Las Administraciones públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales".

Y, en segundo lugar, porque esas características de los actos administrativos – si queremos, esas prerrogativas o privilegios que conforman la denominada autotutela administrativa – están al servicio de la eficacia y la celeridad con que las Administraciones Públicas han de servir, por mandato constitucional (art. 103.1 de la Constitución española, CE), a los intereses generales. Es decir, no son privilegios que carezcan de justificación, sino que, por el contrario, se trata de atributos legales que resultan necesarios para que, con su actuación, la Administración sirva, de forma eficaz, a los intereses de todos, construyendo escuelas y hospitales; sancionando con el cierre a una tienda de alimentos que está vendiendo un producto en malas condiciones; o retirando las armas a un policía que ha hecho un uso abusivo de las mismas.

Se entiende, por ello, que nuestro Tribunal Constitucional haya declarado (SSTC 22/1984 y 78/1996) que el privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos no es contrario al derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), ya que dicha prerrogativa encuentra su fundamento en el principio de eficacia que se proclama en el art. 103 de la CE.

Seguramente, todos estaremos de acuerdo en considerar que la Administración no podría cumplir con su función constitucional, esto es, no podría servir *con eficacia* a los intereses generales, si su actuación – pensemos, por ejemplo, en la clausura de un bar en el que se ha servido bebida adulterada o en la suspensión de funciones de un policía que, haciendo un uso indebido de su arma, ha matado a una persona – se viese suspendida automáticamente por el solo hecho de interponer un recurso contra la misma. Por tanto, la ejecutividad de los actos administrativos es una prerrogativa que tiene un fundamento constitucional: la eficacia en el servicio al interés general.

Ahora bien, una cosa es que la ejecutividad del acto administrativo esté justificada y otra, muy distinta, es que todos los actos administrativos tengan que ejecutarse en todos los casos, aun a costa de que el administrado obtenga en su día una sentencia que le dé la razón, cuando ya los hechos están consumados y entonces su derecho, limitado o lesionado en su día por un acto administrativo ilegal, no pueda verse reparado sino, en el mejor de los casos, con una indemnización.

Si esto ocurriera, esto es, si admitiésemos que para servir al interés general con eficacia, el ciudadano tiene que sacrificar su derecho a obtener una tutela que sea realmente efectiva, entonces tendríamos que concluir que se estaría negando la esencia misma del Estado de Derecho.

Y es que, dicho sea en términos muy sencillos, el Estado de Derecho es el imperio de la Ley. De una ley que vincula y somete a todos, incluidos los poderes públicos, y que los somete, como dice nuestra Constitución, de forma

---

Art. 111: "La interposición del recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado".

plena. Quienes se encargan de controlar que, en efecto, la Administración actúa respetando la Ley y el Derecho son los Tribunales de justicia (arts. 106.1 y 117 CE). Y, por su parte, los ciudadanos, cuando consideren que la Administración ha lesionado sus derechos violando la Ley, podrán pedir de los jueces que la fiscalicen, que digan si su actuación ha sido o no ilegal y, en su caso, que declaren y reestablezcan sus derechos (art. 24 CE). Pues bien, todo ello, naturalmente, exige que exista un adecuado sistema de tutela cautelar que sirva para evitar que el tiempo que ha de durar un proceso no haga imposible el reestablecimiento del derecho cuya tutela se solicita a los jueces y éstos otorgan.

Las medidas cautelares sirven, pues, para eso, para evitar que la justicia pierda o deje en el camino su efectividad, sin la cual, como ya he dicho, no es justicia. La tutela cautelar consigue – no sin dificultad, desde luego – conciliar las dos exigencias de la justicia: la celeridad y la ponderación. Y así, como dijera Calamandrei, “entre el hacer pronto, pero mal, y el hacer bien pero tarde, las medidas cautelares aspiran ante todo al hacer pronto, dejando que el problema del bien y del mal [...] se resuelva sucesivamente con la necesaria ponderación en las reposadas formas del proceso ordinario”<sup>6</sup>.

Como ya he adelantado, en el proceso contencioso-administrativo, esta conciliación resulta mucho más difícil de conseguir por la sencilla razón de que tanto la celeridad como la ponderación de los intereses enfrentados son más difíciles de lograr: *la celeridad* porque el administrado, en el sistema del contencioso vigente en España, está obligado a interponer el recurso administrativo de alzada antes de acudir al proceso contencioso-administrativo<sup>7</sup>. Esto, obviamente, retrasa el acceso a la tutela judicial efectiva y, en el mayor número de los casos, resulta inútil, ya que, por lo general, la Administración suele confirmar el acto recurrido. Y *la ponderación*, la otra exigencia de la justicia, en palabras de Calamandrei, porque cuando el ciudadano, frente a un actuación administrativa, solicita del juez su inmediata intervención para que proteja cautelarmente su derecho, paralizando la eficacia de dicho acto, o adelantando la de un acto o actuación todavía no producidos, coloca al juez ante la delicada y difícil tarea de ponderar los intereses en presencia, confrontando el daño, de naturalza irreparable, que la actuación administrativa puede causar a su derecho, si no interviene cautelarmente el juez, con el daño, que también puede ser irreparable e irreversible para los intereses generales, si el particular obtiene la tutela cautelar solicitada.

---

6 Op. cit., p. 20.

7 En España, en los supuestos en los que el acto administrativo no pone fin a la vía administrativa, por ejemplo, porque ha sido dictado por un órgano que tiene superior jerárquico, es preceptivo interponer un recurso administrativo previo, denominado de alzada, del que conoce y resuelve el órgano administrativo superior al que dictó el acto. Por el contrario, si los actos ponen fin a la vía administrativa, no es necesario interponer un recurso administrativo previo al judicial, pero se puede interponer, con carácter potestativo, el recurso de reposición, ante el mismo órgano que dictó el acto (art. 107.1 LRJPAC).

Además, el juez ha de hacer esta ponderación de forma provisional y con urgencia, en un momento muy preliminar del proceso, lo que determina que la decisión judicial no se adopte con todos los elementos de juicio necesarios, ni, por tanto, desde la certeza absoluta y definitiva sobre la existencia del derecho de quien reclama la tutela cautelar o, lo que es lo mismo, desde la certeza de que la actuación administrativa es contraria a Derecho, sino que la resolución cautelar se adopta solamente desde la apariencia de todo ello. No en vano se ha dicho, por ello, que la tutela cautelar es una “justicia a ciegas”<sup>8</sup>.

## II — EL FUNDAMENTO DE LA TUTELA CAUTELAR

Lo que justifica la adopción de medidas cautelares frente a la actuación administrativa impugnada en un recurso contencioso-administrativo es la existencia de un daño (*periculum*), ya producido o de inminente producción, causado por una actuación administrativa, y de una entidad y características tales que va a resultar irreparable o de difícil reparación el día en el que, tras la tramitación del proceso (*mora*), finalmente se dicte la sentencia que le ponga fin y declare el derecho del recurrente. Así, pues, la razón de ser de las medidas cautelares es el *periculum in mora*, esto es, la necesidad de adoptar las medidas que resulten adecuadas para evitar que la tutela judicial, otorgada en la sentencia, pueda perder su efectividad debido al tiempo que necesariamente tiene que transcurrir hasta que pueda ser dictada. Las medidas cautelares son, por tanto, el instrumento necesario para garantizar la efectividad de la tutela judicial o, dicho de otro modo, para garantizar el cumplimiento de las sentencias, un cumplimiento que, en principio, y con carácter general, ha de ser íntegro y en sus propios términos.

Si la justicia se pudiera otorgar de manera inmediata, las medidas cautelares no serían necesarias, pero las cosas no son así y, además, no pueden ser de otra forma, ya que hay una “demora inherente al proceso”, consustancial a la acción de la justicia con respeto a todas las garantías de las distintas partes implicadas. Los emplazamientos personales a los demandados y codemandados, las alegaciones, la práctica de las pruebas, el estudio de las cuestiones planteadas y las deliberaciones entre los jueces que integran el órgano judicial son todos ellos elementos de garantía cuya realización exige tiempo. Ahora bien, si frente a ello no existe un sistema de medidas cautelares adecuado, la sentencia podrá haberse dictado con total y absoluto respecto de las garantías procesales y podrá ser la más justa y acertada que quepa imaginar, pero, como dijera Calamandrei, estará destinada a llegar demasiado tarde, por amor a la perfección, igual que un medicamento lentamente elaborado llegaría a un enfermo ya muerto<sup>9</sup>.

---

8 ESTOUP, P., *La pratique des procédures rapides. Référé, ordonnances sur requête, procédures d'injonction*, Litec, Paris, 1990.

9 CALAMANDREI, P., op. cit., p 19.

Por eso las medidas cautelares suponen, en cierta medida, la anticipación de ciertos efectos de la decisión definitiva, porque precisamente tratan de asegurar el cumplimiento íntegro de la sentencia que en su día se dicte, evitando que el tiempo necesario para dictarla no haga imposible o difícil su ejecución que es, como sabemos, garantía esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. Lógicamente, esa anticipación de los efectos de la sentencia que, en algunos casos, va a suponer el otorgamiento de las medidas cautelares, con carácter general, ha de ser un adelantamiento de naturaleza provisional, pues, de lo contrario, el interés público al que la actuación administrativa impugnada sirve podría sufrir también de forma irreversible. Sin embargo, en algunos casos, las medidas cautelares pueden implicar la creación de situaciones irreversibles. Sin duda, y debido a la naturaleza provisional que es intrínseca a las medidas cautelares, el resultado descrito no es deseable, pero resulta inevitable en ciertos supuestos en los que, de no aceptar esa conclusión, no sería posible garantizar la efectividad de la tutela cautelar para los derechos defendidos en el proceso. Un ejemplo puede ilustrar perfectamente la cuestión que acabo de plantear. Se trata de la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional nº 148/1993.

Los hechos que dieron lugar a esta sentencia son, brevemente expuestos, los siguientes. El sindicato Comisiones Obreras había convocado una huelga general y la Administración había aprobado ocho Órdenes por las que fijaba los servicios mínimos para determinados sectores<sup>10</sup>. El sindicato impugnó las referidas Órdenes y solicitó su suspensión. El órgano judicial (Tribunal Superior de Justicia de Andalucía) resolvió la solicitud de suspensión en muy poco tiempo, citando a las partes a una comparencia oral, para evitar, como dijera la propia Sala, que el fallo judicial sobre la suspensión fuese posterior a la celebración de la huelga. En cuanto a la medida cautelar, el órgano judicial acordó suspender, parcialmente, cuatro de las ocho Órdenes impugnadas (personal laboral de las corporaciones locales, enseñanza y transportes urbanos e interurbanos, excepto en lo relativo a transportes especiales para personal sanitario) y denegar la suspensión para las otras cuatro (servicios de agua, gas, electricidad y recogida de residuos hospitalarios). El Tribunal argumentó que, siendo cierto que toda huelga general afecta al interés general, de ello no puede inferirse la imposibilidad de suspender los servicios mínimos, pues en tal caso ninguna actuación administrativa sobre servicios mínimos, por abusiva que fuera, podría ser objeto de suspensión por parte de los tribunales.

Contra el Auto de la sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la Administración interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Supremo y el Alto Tribunal revocó el Auto apelado con los dos siguientes argumentos: (i) la decisión de la Sala de instancia sólo podía ser la de suspender – total o parcialmente – o la de denegar la suspensión, pero no cabía modificar el acto,

10 De acuerdo con el art. 28.2 de la Constitución española, “Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

fijando los servicios mínimos que consideró procedentes, como hizo la Sala, desconociendo la naturaleza y finalidad de lo que es puramente una resolución incidental; y (ii) suspender el cumplimiento de ocho Órdenes que fijan servicios mínimos tan esenciales para la comunidad como el abastecimiento de agua, electricidad, gas, o transporte urbano e interurbano, causaría un grave perjuicio al interés general, de una entidad más que suficiente para justificar la denegación de tal petición.

Contra el Auto del Tribunal Supremo, revocando el Auto de suspensión del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el sindicato interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el cual, en su sentencia 148/1993, antes citada, otorgó el amparo, por considerar vulnerado el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva y a la huelga, y anuló el Auto del Tribunal Supremo.

En primer lugar, quiero resaltar el hecho de que las medidas cautelares adoptadas permitieron garantizar el derecho de huelga y el derecho a la tutela judicial efectiva, pero al mismo tiempo crearon una situación irreversible, pues tanto el Auto del Tribunal Supremo, como la Sentencia del Tribunal Constitucional se dictaron mucho tiempo después (años después) de que la huelga general se hubiese celebrado con parte de los servicios mínimos suspendidos<sup>11</sup>. En segundo lugar, quiero destacar los argumentos principales en los que el Tribunal Constitucional basa su sentencia. Muy resumidamente expuestos, son los siguientes: (i) la efectividad que se predica de la tutela judicial de cualesquiera derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso; (ii) por lo que se refiere, en concreto, al derecho de huelga, una adecuada ponderación de los derechos y bienes constitucionales involucrados en las huelgas que inciden en servicios esenciales para la comunidad obliga a establecer mecanismos que permitan someter a un *control judicial inmediato* las correspondientes decisiones de imposición de servicios mínimos; y (iii) más que terciar en el debate de si se produjo una suspensión parcial o, en realidad, una modificación de las disposiciones impugnadas, importa destacar que la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue, y aquí parece incuestionable que la acordada era idónea para no frustrar la efectividad de la sentencia final y salvaguardaba, al propio tiempo, el interés general involucrado.

Con este pronunciamiento, nuestro Tribunal Constitucional respalda definitivamente la doctrina mantenida en su anterior sentencia 14/1992, de acuerdo con la cual la medida cautelar a adoptar ha de ser la que resulte

---

11 Muy resumidamente, la secuencia temporal fue la siguiente: la huelga general estaba convocada para el día 14 de diciembre de 1988. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía adoptó las medidas cautelares el día 13 de diciembre de 1988. El Tribunal Supremo revocó la decisión del Tribunal Superior de Justicia el 23 de junio de 1990 y, finalmente, el Tribunal Constitucional dictó su Sentencia revocando el Auto del Tribunal Supremo el 29 de abril de 1993.

adecuada, en cada caso, y no solamente la suspensión. Con ello, el Tribunal no sólo daba entrada a la cláusula general de medidas cautelares, sino también a las medidas cautelares positivas, desde el momento en que no descarta que en el supuesto de autos se tratase de una verdadera modificación de las resoluciones administrativas impugnadas.

Aparte de constituir un ejemplo de cómo la adopción de una medida cautelar puede llegar a crear una situación irreversible, lo que, como he dicho, no es deseable, pero, en determinados casos, puede resultar inevitable, esta Sentencia constitucional, junto con otras ya citadas como la 14/1992 y la 78/1996, son muy importantes porque hay que tener en cuenta que fueron pronunciadas cuando todavía estaba vigente en España la *Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa* de 1956, que sólo permitía al juez adoptar la suspensión del acto administrativo. Asimismo, en dicha ley no estaba prevista la adopción de medidas cautelarísimas o provisionalísimas, a las que me referiré más adelante.

Todo ello llegaría con la vigente Ley nº 29/1998, si bien hay que reconocer que los órganos judiciales del contencioso-administrativo en nuestro país se adelantaron al legislador, configurando, a golpe de sentencia, un régimen que básicamente coincide con el actual y que los jueces dedujeron de la aplicación directa del precepto constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Porque ese es, en efecto, el fundamento de las medidas cautelares: el derecho a la tutela judicial efectiva, que no se entiende sin un adecuado sistema de protección o tutela cautelar, capaz de proteger los derechos de quien pide la tutela judicial durante el tiempo que transcurre hasta que se dicta sentencia.

### III — LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY Nº 29/1998, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (LJCA)<sup>12</sup>

Las medidas cautelares están reguladas en los arts. 129 a 136 de la LJCA. Estos preceptos vienen a sustituir a los arts. 122 a 125 de la ley de 1956 que establecían, expresamente, la regla del carácter no suspensivo del recurso y la posibilidad de acordar la suspensión — y sólo la suspensión — cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.

---

12 Sobre el régimen de medidas cautelares previsto en la LJCA, v. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, II, 11ª edición, 2008; GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la LJCA*, II, Civitas, 6ª edición, 2011; SALA SANCHEZ, P. XIOL RÍOS, J.A. y FERNÁNDEZ MONTALVO, R. *Práctica Procesal Contencioso Administrativo*, Bosh, 1999, tomo IX; CHINCHILLA MARÍN, C. *La Tutela Cautelar*, en *Comentarios a la LJCA*, Lex Nova, 2001, y de la misma autora *Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, en *Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

Muy resumidamente puede decirse que, en la actualidad, nuestro régimen de tutela cautelar en el contencioso-administrativo responde a las siguientes características:

- La Ley ha establecido dos modelos o sistemas distintos de tutela cautelar: las medidas cautelares de régimen común, aplicables cuando el objeto del recurso es un acto administrativo o un Reglamento; y las medidas cautelares de régimen especial, previstas para los supuestos de inactividad administrativa y de vía de hecho.
- En cuanto al tipo de medidas que es posible adoptar, la Ley ha establecido la cláusula abierta o de medidas “innominadas”.
- Por lo que respecta a los presupuestos de adopción, el *periculum in mora* es el presupuesto en la adopción de las medidas de régimen común, mientras que el *fumus boni iuris* es el presupuesto de las medidas de régimen especial.
- Según la Ley, mientras que en el régimen común la adopción de las medidas es la excepción, en el régimen especial es la regla.
- La ponderación de todos los intereses en presencia es siempre necesaria, en los dos sistemas, y puede justificar que se deniegue la medida solicitada, aún en supuestos en los que, en principio, procedería su adopción.
- Existe la posibilidad de que se adopten medidas *inaudita parte*, coloquialmente llamadas “cautelarísimas” o “provisionalísimas”, y en los casos de inactividad y vía de hecho antes, incluso, de la interposición del recurso (medidas cautelares “pre-procesales” o anticipadas).
- Está prevista la modificación o revocación de las medidas adoptadas, si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado.
- Finalmente, se prevé la posibilidad de adoptar las medidas de contracautela que sean necesarias para evitar o paliar los perjuicios que pudieran derivarse de la adopción de las medidas cautelares.

Analicemos con detalle estas características.

## **1 LOS RASGOS ESENCIALES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA TUTELA CAUTELAR DEFINIDO EN LA LJCA:**

### **GARANTÍA DE EFECTIVIDAD DE LA SENTENCIA Y CLÁUSULA GENERAL DE MEDIDAS CAUTELARES Y CONTRACAUTELARES**

En la escueta redacción del art. 129.1 de la LJCA<sup>13</sup> se condensan los dos aspectos esenciales de la regulación de la tutela cautelar. Por un lado, la

---

13 Art. 129: “Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.



cláusula general de medidas cautelares innominadas (“...podrán solicitar... cuantas medidas...); y, por otro, su concepción como instrumento de garantía de la efectividad de la tutela judicial (“...aseguren la efectividad de la sentencia”).

### 1.1 La tutela cautelar como garantía de la efectividad de la sentencia

El art. 129.1 LJCA ha hecho explícita la vinculación entre tutela cautelar y efectividad de la sentencia, reconociendo el derecho a solicitar del órgano judicial la adopción de *cuantas medidas sean necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia*. Esta sencilla formulación tiene, sin embargo, una enorme importancia, porque define la esencia misma de las medidas cautelares que, como es sabido, son un instrumento imprescindible para evitar que el tiempo que dura el proceso haga perder a la tutela judicial su efectividad. La tutela cautelar es concebida, por tanto, por la Ley como un medio de asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia que recaiga en el proceso, contrarrestando, así, los efectos que se derivan del principio de la ejecutividad del acto administrativo.

Al vincular la adopción de las medidas cautelares con la necesidad de asegurar la efectividad de la sentencia, el art. 129 de la Ley ha consagrado una concepción de la tutela cautelar acorde con su naturaleza instrumental, y en perfecta sintonía con la jurisprudencia de nuestros Tribunales<sup>14</sup>. Algo muy distinto, por cierto, a lo que preveía el Proyecto de Ley, cuyo art. 124.2 decía: “la adopción de medidas cautelares podrá acordarse cuando existan dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa a la que se refieran”. El precepto en cuestión pretendía, pues, hacer de la apariencia de ilegalidad del acto impugnado el presupuesto y razón de ser de la adopción de las medidas cautelares, desvinculándolas por completo de la garantía de la efectividad de la tutela judicial que constituye el fundamento de este tipo de medidas – en el contencioso y en cualquier otro proceso – y que es, precisamente, lo que determina que sean consideradas como un elemento integrante del contenido esencial del derecho fundamental consagrado en el art. 24 de la Constitución<sup>15</sup>. Finalmente, la fórmula del art. 124.2 del Proyecto de Ley fue sustituida por la

14 El Tribunal Constitucional ha manifestado que “la suspensión, como todas las medidas cautelares, responde así a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional” (SSTC 238/1992, 218/1994 y 259/2007). Asimismo ha declarado que “la efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos e intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso” (SSTC 14/1992 y 148/1993). El Tribunal Supremo ha sido todavía más contundente al proclamar la vinculación de las medidas cautelares con la efectividad de la tutela judicial, y ha afirmado que la institución cautelar no tiene por finalidad propia y directa la de tutelar provisionalmente la posición o situación jurídica de la parte que aparentemente litiga con razón, sino preservar el derecho a la tutela efectiva al final del proceso, lo que determina que sea el *periculum in mora* el primer y básico presupuesto para la adopción de la medida cautelar (SSTS de 17 de junio de 1997; de 1 de diciembre de 1997, de 3 de julio de 2007, de 17 de marzo de 2008, de 29 de septiembre de 2008, de 24 de noviembre de 2010 y de 21 de febrero de 2011; y AATS de 16 de junio de 1997, y de 8 de julio de 1997).

15 Un tratamiento más profundo de esta cuestión puede verse en mi trabajo *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, RAP n° 131, 1993, pp. 173 a 177.

que aparece ahora en el apartado primero del art. 129.1 de la LJCA que, como ha quedado dicho, conecta la adopción de medidas cautelares con la necesidad de asegurar la efectividad de la sentencia.

En relación con la concepción de la tutela cautelar como garantía de la efectividad de la sentencia que consagra la Ley, y a tenor de lo previsto en el art. 136 para las medidas cautelares de régimen especial<sup>16</sup>, cabe plantearse, por último, si se trata de un principio común a todas las medidas cautelares o si, por el contrario, sólo resulta de aplicación a las de régimen común. Creo que tanto por la propia naturaleza de la tutela cautelar, como por el lugar que el art. 129 ocupa en la Ley, encabezando el Capítulo dedicado a las medidas cautelares, cabe concluir que el principio de vinculación de la tutela cautelar con la garantía de la efectividad de la sentencia, al igual que ocurre con la cláusula abierta que el mismo precepto establece, resulta de aplicación a *todas* las medidas cautelares, a pesar de que la adopción de las medidas cautelares de régimen especial se fundamente en la existencia de inactividad o vía de hecho, situaciones ambas que la Ley, además, presume que se dan, salvo que se aprecie con evidencia lo contrario. Sobre ello volveré en su momento.

## 1.2 La cláusula general de medidas innominadas

En su ya citado libro *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Calamandrei expone un caso que, como él mismo dice, demuestra, mejor que cualquier razonamiento abstracto, la importancia práctica del problema que se plantea cuando, en un proceso concreto, existe *periculum in mora*, pero en el Derecho positivo no está prevista, expresamente, la medida que en ese supuesto resulta ser la necesaria y más idónea para proteger el derecho de que se trata. Este fue el caso, planteado en Francia en aquellos años, tal y como lo cuenta el gran procesalista italiano<sup>17</sup>:

*“el propietario de un local nocturno de París, había encargado a un pintor decorar la sala de baile con frescos que representasen danzas de sátiros y ninfas, y el pintor, para hacer más interesante la decoración, pensó en dar a los personajes, que en estas coreografías aparecían con vestimentas superlativamente primitivas, la semblanza, fácilmente reconocible, de escritores y artistas famosos. La noche de la inauguración, una actriz que había sido invitada, se llevó la sorpresa de reconocerse en una ninfa que bailaba en ropas extremadamente sucintas. Y puesto que la actriz consideró que esta representación era ofensiva para su decoro, demandó al propietario del local solicitando al juez civil que le condenara a borrar su figura y a indemnizarle por el daño causado. Asimismo, pidió que,*

16 Art. 136.1: “En los supuestos de los arts. 29 y 30, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará de forma circunstanciada”. Los arts. 29 y 30 regulan, respectivamente, la inactividad y la vía de hecho.

17 Op. cit. pp. 48-40. La traducción es mía.

*mientras durara el proceso, obligaran al propietario del local a cubrir, provisionalmente, su imagen en pose impúdica”.*

Calamandrei confiesa ignorar si, finalmente, los jueces franceses encontraron en sus leyes la vía para otorgar la medida cautelar solicitada, y se pregunta cuál hubiera sido la medida cautelar idónea para proteger, provisionalmente, a la “pudorosa demandante”, si un caso similar se hubiese planteado en Italia. Para responder a su pregunta, va analizando una por una las medidas cautelares previstas en la legislación procesal italiana, civil y penal, y concluye que la solución en ese caso sería más fácil si se reconociese al juez civil la potestad general de adoptar medidas cautelares aunque no estén expresamente previstas en la Ley.

Volviendo a la Ley española de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998, sin lugar a dudas, una de las novedades más significativas del régimen jurídico de las medidas cautelares se encuentra en el apartado primero de su art. 129, en la expresión “*cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*”. Con ello vino a romperse, definitivamente, con una regulación – la de la Ley de 1956 – en la que toda la tutela cautelar posible frente al acto administrativo empezaba y terminaba por la suspensión del mismo; una medida esta que resultaba, a todas luces, insuficiente para satisfacer las exigencias de efectividad que nuestra Constitución reclama para el derecho a la tutela judicial. Ahora bien, en honor a la verdad debe decirse que, antes de que el legislador consagrara la cláusula abierta de medidas cautelares, nuestros Tribunales, a pesar de que la Ley sólo preveía la suspensión del acto administrativo, no dudaron en adoptar medidas cautelares distintas a la suspensión – incluidas las de naturaleza positiva – por entender que la propia naturaleza de la tutela cautelar, y, por tanto, el art. 24 de nuestra Constitución, así lo exigían.

La naturaleza instrumental de las medidas cautelares impone necesariamente una fórmula como la contenida en el art. 129.1 de la Ley, ya que la medida cautelar que haya de adoptarse en cada caso variará en función del tipo de actividad administrativa frente a la que se solicite, así como de las pretensiones concretas que se ejerzan en el proceso. En mi opinión, la tutela cautelar no solamente no puede reducirse a la suspensión, sino que tampoco debe limitarse a una lista de medidas concretas, por muy acertada que pudiera llegar a ser la formulada elegida para enunciarlas. Dado que la rigidez es enemiga de la tutela cautelar, y la flexibilidad su mayor aliada<sup>18</sup>, creo que no puede determinarse *a priori* qué medida cautelar va a requerir en cada caso concreto la efectividad de la tutela judicial, y, por tanto, no hay que tipificarlas previamente, ni tampoco descartar ningún tipo de medida cautelar. Por eso, la fórmula consagrada en el art. 129.1 de la Ley responde perfectamente a estas exigencias, ya que para definir qué medidas cautelares pueden adoptarse emplea el criterio de la

---

18 V. CHINCHILLA MARIN, C. *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, 1991, pp. 37-40 y 178-188.

idoneidad de las mismas para asegurar la efectividad de la sentencia, y, además, no establece límites ni prohibiciones de ningún género, ni en cuanto al tipo de medida que puede adoptarse; ni en cuanto a los supuestos de hecho frente a los que procede su adopción; ni tampoco, finalmente, en cuanto a los efectos que pudieran derivarse de su adopción, lo cual significa aceptar, por lo que a este último extremo se refiere, que determinadas medidas cautelares pueden – y deben – adelantar ciertos efectos de la resolución de fondo que recaiga al final del proceso. Sostener lo contrario, es decir, que las medidas cautelares no pueden entrañar el reconocimiento provisional de la facultad o derecho que se defiende en el proceso implica, en primer lugar, excluir de entrada un buen número de medidas positivas; en segundo lugar, condenar a algunos supuestos a verse privados de tutela cautelar<sup>19</sup>; y en tercer lugar, obligar a adoptar otras medidas que paradójicamente pueden resultar más perjudiciales para el interés general<sup>20</sup>.

Así, pues, entiendo que lo mejor que podía decir la Ley al regular el tipo de medidas cautelares que pueden adoptarse es exactamente lo que ha dicho, esto es, que se podrán solicitar – y adoptar- cuantas (el término es expresivo de que pueden ser, incluso, más de una) medidas sean necesarias y adecuadas para asegurar la efectividad de la sentencia. Por las mismas razones, no me parece acertado el criterio según el cual, en los recursos contra Reglamentos sólo cabe la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados (art. 129.2); suspensión que, además, sólo puede solicitarse en el escrito de interposición o en el de demanda y no, como ocurre en los demás casos, *en cualquier estado del proceso*. Aunque lo lógico es pensar que, por lo general, en los casos de impugnación de Reglamentos la medida cautelar apropiada para garantizar la efectividad de la tutela judicial será la suspensión, y aunque también, como regla general, pueda entenderse que ello es una exigencia derivada de la naturaleza normativa del acto impugnado, no puede descartarse que en algunos supuestos

---

19 Sería el caso, por ejemplo, de los servicios mínimos establecidos por el Gobierno frente a una huelga, que, como hemos visto, se planteó ante el Tribunal Constitucional, y que fue resuelto en la importante Sentencia 148/1993, de 29 de abril, ya citada. Hay que recordar que en relación con los servicios mínimos el Tribunal Constitucional ha dicho que es necesario establecer mecanismos que permitan someter a un control judicial *inmediato* las correspondientes decisiones de imposición de servicios mínimos (SSTC 123/1990, de 2 de julio y 148/1993, de 29 de abril). Pues bien, como regla general, frente a una decisión que establece servicios mínimos, los huelguistas, en defensa de la efectividad de la tutela judicial que en su día ampare su derecho fundamental a la huelga, van a pedir la suspensión total o parcial de dichos servicios. Pues bien, o se admite que con esa suspensión se van a reconocer provisionalmente – e irreversiblemente, por cierto –, los derechos solicitados en el proceso – ejercer la huelga en los sectores a los que afectan los servicios mínimos – o se tiene que aceptar que en estos casos, en los que está en juego nada más y nada menos que un derecho fundamental, no puede haber tutela cautelar.

20 Sería el caso, por ejemplo, de un candidato que es inadmitido en una oposición. El candidato en cuestión impugna la resolución por la que se le inadmite, y solicita como medida cautelar la admisión provisional, lo que le permitirá realizar todos los ejercicios, quedando, naturalmente, la calificación final a expensas de lo que ocurra en el proceso. En un caso como éste, me pregunto si no es mejor para el candidato inadmitido, y para el interés general, la admisión cautelar del mismo, que la paralización de la oposición hasta que los Tribunales dicten sentencia.

las medidas necesarias para garantizar la efectividad del recurso puedan ser otras.

### 1.3 Las medidas de contracautela

En íntima conexión con la cláusula de medidas cautelares innominadas, el art. 133 de la Ley establece una cláusula, también abierta, de medidas contracautelares, mediante la cual habilita a los órganos judiciales para acordar las medidas que sean necesarias para evitar o paliar los perjuicios, de cualquier naturaleza, que puedan derivarse de la adopción de medidas cautelares, así como para asegurar el pago de la indemnización a la que pudiera dar lugar<sup>21</sup>.

Este tipo de medidas, que Calamandrei llamó *cautela de la cautela*<sup>22</sup> y Chiovenda *contracautela*<sup>23</sup>, son inherentes a la tutela cautelar, pues pretenden evitar o paliar los daños que se deriven de la misma y asegurar un eventual derecho de resarcimiento. Constituyen, además, una forma de contrarrestar el riesgo inevitable que, para la tutela judicial efectiva de todas las partes implicadas en el proceso, supone la urgencia y el estado de incertidumbre en el que se adoptan las medidas cautelares. Al ser una decisión adoptada a partir de un juicio de probabilidad y verosimilitud, es posible que los órganos judiciales se equivoquen al otorgarlas o de que, aún sin equivocarse, causen daños para el interés general o los intereses de terceros que pueden ser de difícil o imposible reparación.

De acuerdo con lo establecido en el art. 133 de la LJCA, si de la adopción de las medidas cautelares se derivaran perjuicios de cualquier naturaleza, los órganos judiciales *podrán* – no tienen, pues, que hacerlo siempre y en todo caso – adoptar medidas cautelares para evitarlos o paliarlos ¿cuáles?: las que “sean adecuadas” para evitar o paliar dichos perjuicios, añadiendo, a continuación, que “podrá exigirse” la prestación de caución o garantía, en cuantía suficiente, para responder de esos perjuicios. Así, pues, cualquier medida de contracautela, y no sólo una fianza, aunque, en la práctica, va a ser ésta la medida contracautelar más aplicada por nuestros Tribunales<sup>24</sup>.

21 Art. 133.1: “Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos”.

22 CALAMANDREI, P. op. cit. p 45.

23 CHIOVENDA, G. op. Cit., p 251.

24 Salvo error por mi parte, la fianza más elevada que, hasta hoy, han exigido nuestros Tribunales es la establecida, por el Tribunal Supremo, en el importante y discutido Auto de 28 de abril de 2006, -aprobado por una mayoría de 18 magistrados, frente a 14 que formularon voto particular- por el que se suspendió, cautelarmente, el Acuerdo del Consejo de Ministros que aprobaba, con condiciones, la operación de concentración económica consistente en la toma de control exclusivo de ENDESA, S.A, por parte de GAS NATURAL SDG, S.A. Esta suspensión tuvo una enorme trascendencia para los mercados energéticos, ya que implicó la paralización de la OPA de GAS NATURAL sobre ENDESA; OPA en la que, además, presentó una oferta el grupo alemán E. On. La caución exigida a los demandantes fue de 1.000 millones de euros.

El hecho de que la Ley no haya limitado la adopción de medidas de contracautela a la caución pone de manifiesto que la función que cumplen estas medidas va más allá de la de asegurar el pago de una eventual indemnización por los daños y perjuicios derivados de la medida adoptada, pues lo que con ellas se pretende es evitar o paliar los perjuicios de cualquier naturaleza, y no solamente económica, que pudiera causar la adopción de medidas cautelares. De la misma forma que puede adoptarse cualquier medida cautelar para garantizar la efectividad de la sentencia, también cabe adoptar cualquier medida para evitar o reducir las consecuencias dañosas que de aquéllas pudieran derivarse, siempre, claro está, que con ello no se prive de eficacia a la medida que se ha otorgado por considerar que era necesaria para satisfacer la tutela cautelar. Una cláusula abierta de medidas contracautelares como la establecida en el art. 133.1, lejos de limitar la eficacia de la tutela cautelar, debería servir para potenciarla, ya que otorga un amplio margen a los órganos judiciales para configurar, en cada supuesto, la tutela cautelar que demanda ese caso concreto, ponderando y conciliando todos los intereses que estén afectados en el litigio y sean dignos de protección provisional. Todo ello permitirá, en último término, que en supuestos en los que sea difícil otorgar la medida solicitada, por la gravedad de las consecuencias que pueda entrañar, sea posible su otorgamiento precisamente porque es posible adoptar medidas para contrarrestar o, incluso, evitar tales consecuencias indeseadas.

Por último, es importante señalar que, en caso de que se imponga una medida de contracautela, su efectivo cumplimiento constituye la condición de eficacia de la medida cautelar otorgada, de tal forma que si, por ejemplo, se ha acordado la suspensión del acto administrativo impugnado, pero, igualmente, se ha impuesto una fianza al demandante, la suspensión no surtirá efecto hasta que se haya acreditado, ante el órgano judicial, la constitución de dicha fianza. Así se establece en el art. 133.2 de la LJCA, a cuyo tenor *“la medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios a se refiere el apartado precedente”*.

No establece la Ley un plazo para constituir la garantía o cumplir la medida contracautelar que se haya impuesto, pero, dado que la eficacia de la medida cautelar adoptada se condiciona al cumplimiento de la contracautela e, incluso, a su acreditación o constancia en autos, lo lógico es que se cumpla de manera inmediata, ya que hasta que no se cumpla la medida contracautelar, la medida cautelar adoptada no produce efectos. Siendo ello así, y teniendo en cuenta que el acto administrativo es ejecutivo, si la Administración ejecutara el acto, difícilmente podría oponerse a ello el demandante si no ha cumplido con la medida de contracautela que se le ha impuesto.

## 2 LOS PRESUPUESTOS DE ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES: *PERICULUM IN MORA* PARA LAS MEDIDAS DE RÉGIMEN COMÚN Y *FUMUS BONI IURIS* PARA LAS MEDIDAS DE RÉGIMEN ESPECIAL

Por lo que se refiere a los presupuestos – entendiendo por tales las condiciones que han de darse para que proceda la adopción de medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo – la Ley establece dos regulaciones diametralmente opuestas, según que el objeto del recurso sea una acto o disposición general (art. 130), o sea la inactividad administrativa o la vía de hecho (art. 136).

Para el primer supuesto, esto es, el régimen común de las medidas cautelares, la Ley ha formulado la siguiente regla: *“previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”*. Añadiendo a continuación que *“la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada”* (art. 130). Para el segundo supuesto, referido a la vía de hecho y a la inactividad administrativa, la Ley ha dispuesto que *“la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada”* (art. 136). Las diferencias entre uno y otro precepto, como puede comprobarse, saltan a la vista.

### 2.1 Las medidas de régimen común: *periculum in mora*

Como acabamos de ver, según el art. 130.1, cuando lo que se recurre es un acto administrativo o un Reglamento, el presupuesto que ha de darse para que proceda adoptar una medida cautelar frente a uno u otro es que dicha medida sea necesaria para *evitar que el recurso pierda su finalidad legítima*. Nuestra LJCA, inspirándose en el art. 56.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>25</sup>, ha abandonado, pues, la vieja expresión *“causar daños de imposible o difícil reparación”*, que en éstos o en otros términos muy parecidos ha sido una constante en la regulación de la suspensión del acto administrativo desde su origen histórico<sup>26</sup>.

25 Art. 56.1 de la LOTC: *“La Sala que conozca de un recurso de amparo suspenderá, de oficio o a instancia del recurrente, la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclame el amparo constitucional, cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad”*.

26 V. RODRÍGUEZ ARANA, J. *La suspensión del acto administrativo en vía de recurso*, Montecorvo, 1986, p. 75; BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *El acto ejecutivo. Origen y formación de una categoría central del Derecho Administrativo*, CEC, 1992, p. 213; OSORIO ACOSTA, E. *La suspensión jurisdiccional del acto administrativo*, Marcial Pons 1995, p. 19.

A pesar de ello, y tal y como era de prever<sup>27</sup>, los jueces y Tribunales han reconducido el concepto “pérdida de la finalidad legítima del recurso” a la idea clásica del perjuicio de imposible o difícil reparación. Un buen ejemplo de ello lo constituye la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de noviembre de 2003, en la que se dice que “la finalidad legítima del recurso es, no sólo, pero sí prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, *ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad*”.

O, en sentido parecido, el Auto del Tribunal Supremo, de 28 de abril de 2006, dictado en el curso de la OPA de GAS NATURAL sobre ENDESA<sup>28</sup>, en el que se declara lo siguiente:

“Esta Sala, al examinar el alcance del art. 130 de la nueva Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha señalado en reiteradas ocasiones – autos de 2 de noviembre de 2002, de 29 de enero de 2002, 31 de octubre de 2002, de 16 de mayo de 2003, entre otros –, que el criterio elegido en dicho artículo para decidir sobre la suspensión cautelar del acto impugnado, es *que su ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso*, exigencia de aseguramiento del proceso que *viene a representar lo que en la doctrina se ha denominado <<periculum in mora>>; esto es, que de ejecutarse el acto se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso*”.

Así, pues, el presupuesto de adopción de las medidas cautelares es el *periculum in mora*; el cual no se identifica, sin más, con la duración del proceso, pura y simple, sino con los perjuicios derivados de la ejecución del acto y con la dificultad que para su reparación implica la duración del proceso. Además, dicha dificultad, como acaba de verse, no se identifica con el concepto de irresarcibilidad, sino con el de irreparabilidad<sup>29</sup>, noción esta que sólo puede

27 V. Así lo expuse en mi trabajo *La Tutela Cautelar*, cit. pp 609 a 612.

28 V. Nota 23.

29 La irreparabilidad o dificultad en la reparación del daño no es sinónimo de irresarcibilidad, sino de irreversibilidad. Lo que hace al daño de difícil o imposible reparación es que no pueda restituirse el bien jurídico lesionado íntegramente, no que no pueda resarcirse con el pago de una cantidad. La Administración siempre podrá pagar, pero reparar, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, no es pagar o resarcir, sino dejar indemne. Por eso, hasta la propia exposición de motivos de la Ley de 1956 especificaba que “*respecto a la dificultad de reparación no cabe excluirla sin más por la circunstancia que podría derivarse de que la ejecución sea valorable económicamente*”. Incluso en los casos en los que el daño causado es de naturaleza exclusivamente económica, el Tribunal Supremo tiene dicho que “*la reparabilidad del daño no debe contemplarse exclusivamente desde la perspectiva de la Administración a los efectos de devolver lo ya ingresado..., sino también desde la vertiente del patrimonio del administrado que con esa ejecución puede ponerse en situación de inestabilidad tal que haga imposible su recuperación...*” (STS de 6 de mayo de 1996).



ser precisada en cada caso concreto, mediante una ponderación de todos los intereses en presencia, esto es, el perjuicio cuya irreparabilidad se trata de evitar con la medida cautelar, de un lado, y el perjuicio – que también podría ser irreparable – que con la adopción de la medida cautelar podría causarse al interés general o los intereses de terceros, de otro. Así se ha puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo que, a este respecto, ha declarado:

“La apreciación de este requisito, según se desprende de lo establecido en el párrafo inicial del art. 130, ha de efectuarse mediante una adecuada ponderación de los intereses en conflicto, de tal forma que cuando la suspensión cautelar sea la única vía para la efectividad de la futura sentencia estimatoria que pueda dictarse, los intereses públicos a considerar en ese juicio de ponderación deberán ser muy relevantes, y la necesidad de la inmediata ejecución del acto recurrido para atender tales intereses deberá constar de manera inequívoca.

El examen del *periculum in mora* y de la ponderación de los intereses en conflicto, debe hacerse caso por caso, valorando las particulares circunstancias que presentan, teniendo en cuenta los factores que concurren, que pueden o no ser coincidentes con recursos precedentes, pese a que se desenvuelvan en los mismos sectores del ordenamiento jurídico”<sup>30</sup>.

Es por ello que nuestros Tribunales admiten que pueda producirse un daño de imposible o difícil reparación con la ejecución de actos de contenido exclusivamente económico. Así, el Tribunal Supremo ha reconocido que procede acordar la suspensión cuando el pago inmediato de las cantidades reclamadas genere “*un riesgo para el normal desenvolvimiento económico*” del recurrente (STS de 1 de junio de 2000) y, de acuerdo con ello, ha procedido a suspender cautelarmente la ejecución de actos administrativos que imponen el pago de una cantidad con base en el elevado importe de la misma<sup>31</sup>.

## 2.2 Las medidas de régimen especial: *fumus boni iuris*

Como ya he adelantado, un régimen radicalmente distinto al que acaba de describirse, al menos en la letra de la Ley, es el que se ha establecido para las medidas cautelares que se soliciten en recursos que tienen por objeto la

30 ATS de 28 de abril de 2006.

31 Por ejemplo, en la STS de 1 de junio de 1995, se suspendió una sanción de 45 millones de pesetas, impuesta a Telefónica, con base en “*la cuantía de la multa impuesta, que alcanza la nada desdeñable suma de 4.000.000 Ptas*”; en la STS de 6 de octubre de 1998, se suspendió una liquidación tributaria girada a Repsol, por importe de 350.560.482 ptas, por la misma razón. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Sentencia de 13 de septiembre de 2001, suspendió una sanción de 3.500.000 ptas, impuesta a Cortefiel, argumentando que se trataba de “*una sanción pecuniaria de elevado importe*”; el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, por Auto de 1 de julio de 2004, suspendió el acto administrativo que imponía, a las entidades mercantiles Boliden Apirsa, Boliden AB y Boliden BV, la obligación de pagar 89.867.545,56 euros, por entender que “*no cabe duda que la no suspensión, en atención a la elevada cuantía reclamada ocasionaría graves perjuicios a la actora, y que los perjuicios de la suspensión para el interés general quedan salvaguardado si se exige la prestación de una caución que garantice el cobro de las cantidades reclamadas...*”.

inactividad administrativa o la vía de hecho. Para estos casos, el art. 136 de nuestra LJCA ha dispuesto que la regla general sea la adopción de la medida cautelar (“...se adoptará salvo que...”); el presupuesto o condición para que dicha regla se aplique es, simplemente, el que se den los supuestos definidos en los arts. 29 y 30 (“En los supuestos de los arts. 29 y 30...”); y la excepción al otorgamiento de las medidas el que *se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos, o que la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero*. Además de ello, la Ley permite que en estos casos, y solamente en ellos, la tutela cautelar pueda solicitarse antes de la interposición del recurso.

Como puede observarse, el mecanismo que consagra el art. 136 es completamente distinto al establecido por el art. 129, y no sólo porque en aquél la adopción de las medidas cautelares sea la regla y en éste la excepción; o porque los supuestos contemplados en el primero sean susceptibles de tutela cautelar antes de la interposición del recurso, mientras los que recoge el segundo de los preceptos citados no; sino también, y sobre todo, porque el presupuesto de la adopción de las medidas cautelares del art. 136 de la Ley es el *fumus boni iuris*, mientras que el de las medidas cautelares del art. 129 es, como hemos visto, el *periculum in mora*.

De lo dicho se desprende, pues, al menos aparentemente, que la lógica a la que responde la adopción de medidas cautelares en el régimen general – aseguramiento de la efectividad de la sentencia evitando que la ejecutividad pueda hacer perder al recurso su finalidad – se rompe en el régimen especial previsto para la inactividad y la vía de hecho, donde ya no es preciso que las medidas cautelares sean necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia, sino que bastará, simplemente, con que se den los supuestos descritos en los arts. 29 y 30 que, por lo demás, se entenderá que se dan siempre salvo que se *aprecie con evidencia lo contrario*.

En definitiva, lo que vendría a suceder en los casos de inactividad y vía de hecho es que el legislador considera que la ilegalidad en la que supuestamente ha incurrido la Administración es de tal calibre que no merece la prerrogativa de la ejecutividad y, en consecuencia, establece para ellos un régimen especial consistente en permitir, en un caso, el cese inmediato de la actuación administrativa (vía de hecho) y, en el otro, que se le imponga a la Administración la realización de las conductas que ésta se niega a llevar a cabo (inactividad administrativa). Las medidas cautelares de régimen especial se configuran, pues, en esta Ley no como una excepción o límite al principio de ejecutividad, sino como una inversión total de dicho principio.

En mi opinión, la única manera de considerar que el régimen establecido en el art. 136 de la Ley no es la regulación propia y específica de una especie de interdicto administrativo al que impropriamente se ha denominado “medidas cautelares”, sino que, realmente, dichas medidas son tutela cautelar

y, por tanto, forman parte del derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva, protegido con el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, es interpretar que, en los supuestos definidos en los arts. 29 y 39, la ilegalidad administrativa es de tal entidad que en estos casos sí puede decirse que la necesidad de acudir al proceso para reaccionar frente a ella es, por sí misma, una carga lo suficientemente pesada e injusta como para hacerlo de entrada inútil. Sin embargo, frente a un razonamiento como éste, podrían hacerse varias objeciones. En primer lugar, que el argumento de la gravedad de la infracción del ordenamiento jurídico puede valer para los casos de vía de hecho, pero no está tan claro que pueda aplicarse a los diversos supuestos que integran la inactividad administrativa. En segundo lugar, que si es la gravedad de la infracción lo que determina este régimen jurídico especial de tutela cautelar, es obvio que el mismo tendría que extenderse a todos los supuestos de nulidad de pleno derecho y, por tanto, a los recursos contra actos y Reglamentos que se fundamenten en dichos vicios. Y en tercer y último lugar, que no se entiende bien por qué los supuestos en los que aparentemente se dan las situaciones descritas en los arts. 29 y 30 han de tener un régimen más favorable de tutela cautelar que aquéllos en los que no dándose estas circunstancias, la ejecución del acto o la aplicación de la disposición general produce, sin embargo, daños de imposible o difícil reparación que van a privar irremediabilmente de su efectividad a la tutela judicial.

Por todo lo dicho, pienso que hubiese sido más oportuno establecer un régimen jurídico único y común para todas las medidas cautelares, y dejar en manos de los órganos judiciales la tarea de establecer las diferencias que las circunstancias singulares del recurso reclamen en cada caso.

### 3 LA PONDERACIÓN CIRCUNSTANCIADA DE TODOS LOS INTERESES ENFRENTADOS EN EL PROCESO

El art. 130 reitera en dos ocasiones la necesidad de ponderar circunstanciadamente – es decir, *con toda menudencia, sin omitir circunstancia o particularidad*<sup>62</sup> – todos los intereses en conflicto. En mi opinión, es tan obvio que el juicio cautelar no puede ser sino el resultado de la valoración de *todos* los intereses en presencia, que la regla que establece este precepto es especialmente oportuna. El juicio cautelar es un juicio *necesariamente* ponderativo, que está llamado a alcanzar un difícil equilibrio entre los intereses en conflicto, en el que necesariamente tendrá que calibrarse si otros intereses distintos de los del recurrente que solicita la tutela cautelar, pero igualmente dignos de protección, pueden sufrir, como consecuencia de la adopción de la medida, un daño de las mismas características del que con la medida se trata de evitar, es decir, de difícil o imposible reparación. El alcance que deba darse a esos otros intereses en relación con el que defiende la parte que solicita la medida cautelar no puede definirse *a priori*, ni en el sentido de que tengan que prevalecer sobre este

32 Así define el término el Diccionario de la Lengua Española.

último, ni tampoco en el sentido de que tengan que ceder, pero lo que no cabe, en ningún caso, es prescindir de su toma en consideración.

De los arts. 130 y 136.1 de la Ley se desprende que, aunque procediese la adopción de la medida cautelar solicitada, la medida puede denegarse si de la misma se deriva *perturbación* grave de los intereses generales o de tercero. La trascendencia de esta norma – en virtud de la cual, aunque se demuestre que la medida cautelar solicitada es *necesaria* para evitar que el recurso pierda su finalidad (art. 130) o que, aparentemente, existe vía de hecho o inactividad administrativa (art. 136), la tutela cautelar puede ser denegada- hubiera exigido, en mi opinión, hablar de *daños graves* para los intereses generales o de terceros y, no simplemente de “*perturbación*”. Ahora bien, en todo caso, la Ley no dice que cuando se den estas circunstancias haya que denegar la medida, sino simplemente que podrá denegarse. Así, pues, una *perturbación grave*, y no de cualquier naturaleza o intensidad, de los intereses generales o de terceros no tiene por qué impedir que se adopte una medida cautelar que resulta necesaria para evitar que un recurso pierda su finalidad, pero no puede descartarse que así sea, según las circunstancias del caso concreto. De la misma manera que tampoco hay que descartar que la valoración del interés general pueda jugar, incluso, en favor de la adopción de la medida cautelar solicitada<sup>33</sup>.

También en lo que respecta a la definición de los intereses que deben prevalecer en la adopción de las medidas cautelares, la rigidez es enemiga de la tutela cautelar y la flexibilidad su mejor aliada, y por eso, como ha manifestado tantas veces el Tribunal Supremo, “*hay que atenerse a la singularidad de cada caso debatido, lo que implica, desde luego, un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos o uniformes*”<sup>34</sup>. El mismo criterio de flexibilidad ha llevado igualmente al Tribunal Supremo a relativizar el significado mismo del *periculum in mora*, como pone de manifiesto la regla acuñada por la jurisprudencia según la cual “*cuando las exigencias de ejecución que el interés público presente sean tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión. Por el contrario cuando aquéllas exigencias sean de gran intensidad sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión*”<sup>35</sup>.

33 Un buen ejemplo de ello es el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 3 de enero de 1992, que suspendió la denegación de la renovación de un concierto educativo, argumentando, entre otras cosas, que “*el interés general demanda el mantenimiento del concierto...por cuanto hay palmariamente un interés general en la existencia de plazas escolares subvencionadas...*”. Sobre este Auto y, en general, sobre la cuestión de la ponderación puede verse mi trabajo *El derecho a la tutela judicial efectiva como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, cit. pp 177-178. Una resolución por la que se ha adoptado un tipo de medida similar a la del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, y que también invoca el interés general, es el Auto del TSJ de Aragón, de 26 de febrero de 1998, comentado por O. Herráiz Serrano (*El paso firme dado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el duro batallar por la tutela cautelar: la aplicación de la técnica francesa del référé provision*, RAP 147).

34 V. entre otras muchas que se repiten desde el Auto de 12 de febrero de 1992, las SSTs de 11 de julio de 2011, de 14 de abril de 2011, de 9 de octubre de 2009 y de 19 de mayo de 2008.

35 Entre otros, AATS de 21 de marzo de 1988, de 3 de enero, 13 de octubre y 22 de diciembre 1989; de 12 de febrero y de 10 de septiembre de 1992; de 23 de mayo y de 11 de octubre de 1995; de 25 de noviembre de

Ahora bien, el carácter ponderativo que define la naturaleza de la decisión cautelar no puede agotarse en la necesidad de valorar de forma circunstanciada todos los intereses en conflicto, sino que implica también, en mi opinión, la necesidad de que junto al *periculum in mora*, presupuesto básico de la adopción de medidas cautelares, el órgano judicial tenga en cuenta las posibilidades de que la sentencia pueda ser favorable a las pretensiones de quien las solicita o, lo que es lo mismo, la apariencia de buen derecho de quien solicita la medida cautelar. Sorprende, por ello, que el art. 130 de Ley, que es el precepto que define los presupuestos de la adopción de las medidas cautelares, haya omitido toda referencia al *fumus boni iuris*, porque si bien es cierto que la apariencia de buen derecho no debe ser, por sí sola, la causa determinante de la adopción de medidas cautelares, no lo es menos que es un criterio más, y muy importante, a tener en cuenta por el órgano judicial para fundamentar su decisión.

La apariencia de buen derecho no debe ser, en mi opinión, la causa determinante de la adopción de las medidas cautelares, por la sencilla razón de que la tutela cautelar es un instrumento al servicio de la efectividad de la tutela judicial, lo que significa que su adopción se justifica porque es necesario preservar la efectividad frente al peligro que para la misma puede implicar la demora del proceso, y no porque aparentemente se litigue con razón. Nuestros Tribunales, en general, se han mostrado contrarios a adoptar medidas cautelares con base en la apariencia de buen derecho, por entender que ello implica siempre una invitación, más o menos velada, a entrar en el fondo del asunto, lo cual resulta incompatible con el derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba<sup>36</sup>. En efecto, el Tribunal Supremo, además de calificar de “presupuesto indispensable” y de “requisito fundamental y básico” para otorgar la medida cautelar que la ejecución hubiera de causar daños de difícil o imposible reparación<sup>37</sup>, ha declarado que la existencia de un *fumus boni iuris* “no puede ser por sí sola causa determinante de la suspensión de los actos administrativos recurridos, sino criterio complementario con el principal de la existencia de daños y perjuicios de imposible o difícil reparación”<sup>38</sup>, o que el del *fumus boni iuris* “es un criterio que no gobierna en sí mismo ni con carácter principal la decisión cautelar”<sup>39</sup>. Por eso, ha reclamado para la aplicación de la doctrina de la apariencia de buen derecho *prudencia, ponderación y mesura*<sup>40</sup> y, más concretamente, ha declarado que la apariencia de buen derecho, por sí sola, únicamente puede fundamentar la adopción de la medida cautelar en

---

1996; de 21 de enero de 1997 y de 3 de junio de 1997. Y, entre otras, SSTs de 17 de abril de 1999; y de 30 de enero, 3 de marzo, 27 de abril, 10 de mayo, 1 de junio y 5 de junio de 2000.

36 SSTs de 20 de abril de 1995 y de 10 de diciembre de 2008, y AATS de 6, 16 y 27 de junio de 1997.

37 AATS de 6, 16 y 27 de junio de 1997 y de 17 de marzo de 1995.

38 ATS de 17 de marzo de 1995 y STS de 3 de diciembre de 1999.

39 STS de 29 de septiembre de 2008.

40 SSTs de 20 de abril de 1995, de 20 de abril de 1995, de 12 de febrero de 1996, de 14 de mayo de 1996, de 14 de abril de 2003, de 17 de marzo de 2008, de 6 de julio de 2009, de 11 de marzo de 2011 y ATS de 13 de marzo de 1995.

dos supuestos, que el Tribunal considera “*contados y excepcionales*”<sup>41</sup>: cuando se solicita la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición de carácter general declarada previamente nula de pleno derecho; o cuando el acto impugnado es idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente, pero no – como tiene dicho – al predicarse la nulidad o anulabilidad de un acto en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal<sup>42</sup>.

Ahora bien, una cosa es que el *fumus boni iuris* no constituya, salvo en los supuestos que acaban de indicarse, el presupuesto determinante de la adopción de una medida cautelar, y otra muy distinta es que no haya de ser tomado en consideración por el órgano judicial. Siendo cierto, como ha manifestado el Tribunal Supremo, que “*la institución cautelar no tiene por finalidad propia y directa la de tutelar provisionalmente la posición jurídica de la parte que aparentemente litiga con razón, sino preservar el derecho a la tutela judicial efectiva la final del proceso*”<sup>43</sup>, no lo es menos que el *fumus boni iuris* es también un elemento característico de la tutela cautelar que está en su propia definición. En efecto, si la medida cautelar se otorga porque el recurrente acredita la existencia de un daño irreparable en sus derechos o intereses legítimos es porque, en principio, y aunque sólo sea aparentemente, el solicitante de la medida cautelar es titular de esos derechos o intereses legítimos. Además, como ya he dicho, la definición misma del *periculum in mora* está en relación de dependencia con el *fumus boni iuris*, ya que el daño derivado de la ejecutividad del acto administrativo será “mayor” – y “menor”, por tanto, el deber jurídico de soportarlo – cuanto “mayor” sea la apariencia de buen derecho<sup>44</sup>.

Por todo lo dicho, en mi opinión, el *fumus boni iuris* debería haber sido mencionado explícitamente por el art. 130 al definir los presupuestos de adopción

41 En el ATS de 8 de noviembre de 1994, por el que se suspende una sanción que había sido impuesta al amparo de un Reglamento anulado por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional, se afirma que “es este uno de los *contados y excepcionales* casos en que el llamado ‘*fumus boni iuris*’, de ardua y cuestionable aplicación en términos generales, ha de tener entrada por la vía excepcional de una razonable presunción del resultado del proceso, lo que en cualquier caso hacemos sin prejuzgar la solución definitiva de éste, que no nos es dado, formal y terminantemente, anticipar”.

42 SSTs de 12 de febrero de 1996, de 6 de julio de 2009, de 28 de enero de 2011 y de 11 de marzo de 2011; AATS de 18 de octubre de 1996, de 13 de marzo de 1995, de 9 de mayo de 1995, y de noviembre de 1995.

43 SSTs de 17 de junio de 1997, de 1 de diciembre de 1997, de 3 de julio de 2007, de 17 de marzo de 2008, de 29 de septiembre de 2008, de 24 de noviembre de 2010 y de 21 de febrero de 2011 y AATS de 16 de junio de 1997, y de 8 de julio de 1997.

44 A este respecto, me parecen muy acertadas y expresivas las palabras del magistrado, y presidente de la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo, R. Trillo Torres, en su Voto particular al ya citado ATS de 28 de abril de 2006 (asunto Endesa/Gas Natural). Tras enunciar los supuestos en los que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el *fumus* puede constituir el fundamento de adopción de las medidas cautelares, el magistrado discrepante afirma que “en los demás casos, la invocación de la apariencia de buen derecho reviste una utilidad u operatividad práctica más modesta, que pudiéramos llamar de <<segundo grado>>, orientada a iluminar y sostener el juicio valorativo sobre los intereses en conflicto, pues no hay duda de que la apreciación del *periculum in mora* se puede hacer con mayor fundamento cuando se aprecia – insistimos, de forma indiciaria y provisional – que la acción ejercitada no parece infundada ni endeble”.

de las medidas cautelares, tal y como hace nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>45</sup>, ya que es un criterio que no puede marginarse en la toma de una decisión tan difícil de adoptar como es la de las medidas cautelares, en la que todos los criterios y elementos de juicio son pocos para dictar una resolución acertada. Una vez más *la flexibilidad reclama que el criterio de la apariencia de buen derecho sea tomado también en cuenta para adoptar las decisiones en materia de tutela cautelar, y de la misma forma que la intensidad con la que el interés general reclama la ejecución de un acto es tomada en cuenta por los Tribunales para determinar la intensidad del perjuicio que se exige para adoptar la medida cautelar, la intensidad con que se manifieste la apariencia de buen derecho, que es tanto como decir la apariencia de ilegalidad del acto administrativo, debe también tomarse en consideración para determinar la medida del daño que cabe exigir para apreciar la existencia del periculum in mora necesario para otorgar la medida cautelar solicitada.*

Por último, la cuestión de qué interés deba prevalecer en cada caso concreto, como ya se ha dicho, no puede resolverse *a priori*, pero sí cabe hacer algunas consideraciones generales al respecto. En primer lugar, en los supuestos en los que concurran el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* y, por tanto, la medida cautelar sea *necesaria* para evitar la frustración del derecho a obtener tutela judicial efectiva de quien, en principio, parece tener razón, un interés general o de terceros capaz de justificar la denegación de la tutela cautelar sólo será aquél que pueda compararse en pie de igualdad con el derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva y, por tanto, aquél que se identifique con derechos y valores constitucionales, como podrían ser la salud, la seguridad, la educación, etc. En segundo lugar, y por lo que respecta a los intereses de terceros, equiparados por los arts. 130.2 y 136.1 de la Ley a los intereses generales a efectos de denegar la tutela cautelar, entiendo que si los terceros no son parte en el proceso, para que el perjuicio grave a sus derechos pueda impedir el otorgamiento de las medidas cautelares tendría que tratarse de derechos que, por su entidad, fuesen equiparables a intereses generales o de la colectividad, ya que, de no ser así, difícilmente podrían oponerse al derecho a la tutela judicial efectiva de quien solicita la tutela cautelar derechos o intereses individuales de terceros que no son parte en el proceso, pudiendo haberlo sido, obviamente.

#### 4 ASPECTOS PROCEDIMENTALES DE LA TUTELA CAUTELAR

A diferencia de lo que ocurre en el recurso administrativo, donde la suspensión puede acordarse de oficio o a instancia de parte (art. 111.2 LRJPAC), en el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares sólo se

---

45 Según el art. 728.2 de la Ley nº 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, "El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito".

adoptan a instancia de parte (art. 129.1 LJCA); lo cual significa, en mi opinión, que la modificación o revocación de las mismas, basada en el cambio de las circunstancias existentes en el momento de su adopción (art. 132.1 LJCA), tampoco podrá producirse de oficio, sino que deberá ser solicitada por el interesado. Es más, el Tribunal Supremo, en el conocido asunto de Endesa/Gas Natural, estimó la pretensión de Endesa de revocar la suspensión después de haberle sido otorgada, con base en el argumento de que, en virtud del *“valor prevalente del principio dispositivo en la pieza separada de medidas cautelares”*, no tiene sentido mantener la medida cautelar otorgada (en aquel supuesto, la suspensión) *“si la propia parte beneficiaria, en cuyo interés se adoptó y cuyo coste y riesgo de indemnizar los daños y perjuicios que de ella se deriven asume, entiende que la efectividad de la sentencia que en su día pueda dictarse no sufre merma alguna por obra de ese alzamiento, más aún si la Administración, a quien constitucionalmente se le encomienda la defensa del interés general (art. 103.1 CE), no se opone”*<sup>46</sup>.

Por lo que se refiere al *“cuándo”* han de solicitarse las medidas cautelares, la Ley contiene diversas previsiones al respecto. En primer lugar, y con carácter general, establece que podrán solicitarse en cualquier estado del proceso (art. 129.1), lo que claramente implica que han de adoptarse *dentro* del mismo. Esta regla se completa con lo dispuesto en el art. 128.3 que prevé que, en caso de urgencia, o cuando las circunstancias del caso lo hagan necesario, las partes podrán solicitar al órgano jurisdiccional que habilite los días inhábiles en el incidente de medidas cautelares. La primera excepción a la regla general del art. 129.1 se encuentra, como ya hemos dicho, en el apartado 2º del mismo precepto que, en caso de recursos contra Reglamentos, obliga a solicitar la suspensión en el escrito de interposición o en el de demanda. La segunda excepción, sin duda de mayor calado, es la que establece el art. 136.2 en relación con la posibilidad de solicitar las medidas cautelares antes de la interposición del recurso.

En relación con la posibilidad de solicitar tutela cautelar antes de la interposición del recurso, que supone una novedad absoluta en la regulación de las medidas cautelares, es de lamentar que la Ley la haya previsto exclusivamente para los supuestos de vía de hecho e inactividad administrativa. No se entiende por qué pueden solicitarse medidas cautelares antes del proceso solamente en el caso de las medidas de régimen especial cuando son, precisamente, las de régimen general las que, al fundamentarse en la necesidad de evitar el peligro que corre la efectividad de la sentencia, pueden precisar la inmediata intervención de los órganos judiciales. Por otro lado, el hecho de que las medidas cautelares de régimen especial se adopten en función de la apariencia de buen derecho va

---

46 ATS de 15 de enero de 2007. Recuérdese que, en este caso, la fianza impuesta a Endesa fue de mil millones de euros. También es interesante destacar que no sólo la Administración no se opuso al levantamiento de la suspensión, sino que también los codemandados (Gas Natural e Iberdrola) mostraron su conformidad con el levantamiento de la medida cautelar otorgada.



a exigir que quien las solicita antes de la interposición del recurso presente, en el momento mismo de la solicitud, una argumentación lo suficientemente sólida como para demostrar que se dan los supuestos de inactividad o vía de hecho; argumentación que, por versar sobre el fondo del asunto, no podrá diferir mucho de la que en un momento posterior acabe desarrollándose en la demanda.

Por lo que se refiere a la tramitación propiamente dicha de la solicitud de medidas cautelares, el incidente cautelar se sustanciará en pieza separada<sup>47</sup>, y con audiencia de la parte contraria. Lo más importante y novedoso de la Ley en este sentido es la regulación de dos supuestos de adopción de medidas cautelares *inaudita parte*<sup>48</sup>, conocidas como cautelarisimas o provisionalisimas<sup>49</sup>. De acuerdo con el art. 135, en su nueva redacción dada por la Ley nº 37/2011, de 10 de octubre, 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 adoptar, mediante Auto, alguna de las siguientes decisiones: (i) apreciar las circunstancias de especial urgencia y otorgar o denegar la medida, sin que contra dicho Auto quepa recurso alguno. En estos casos, 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, en su caso, o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará Auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación

47 Según el art. 137 de la Ley "Todas las cuestiones incidentales que se susciten en el proceso, se sustanciarán en pieza separada y sin suspender el curso de los autos".

48 Téngase en cuenta la STC 14/1992, de 10 de febrero, en la que el Tribunal Constitucional declaró que el hecho de que el embargo preventivo sea decretado *inaudita parte debitoris* "no puede merecer reparo de inconstitucionalidad, pues en sí misma considerada la orden de embargo no es más que una medida cautelar, cuya emisión no requiere una plena certeza del derecho provisionalmente protegido, ni es forzoso tampoco que se oiga con antelación a quien la sufre...Es más: la audiencia previa del afectado podría perjudicar en muchos supuestos la efectividad de la medida cautelar...".

49 Dos ejemplos interesantes de medidas cautelarisimas son los Autos de la Audiencia Nacional, de 20 de enero de 2006, y del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de enero de 2006. En el Auto de la Audiencia Nacional, dictado en un recurso entre dos Administraciones públicas —el Ayuntamiento de Salamanca y el Ministerio de Cultura—, en el que el primero impugnaba la Orden de la Ministra de Cultura mediante la que se ordenaba la salida de determinados documentos del Archivo General de la Guerra civil española, situado en Salamanca, con destino a Cataluña, se apreció la especial urgencia, debido a que los documentos ya habían salido de Salamanca en dirección a Barcelona y se encontraban a medio camino entre ambas ciudades. Como medida cautelarísima, la Audiencia acordó la inmovilización de las 507 cajas del archivo, las cuales, en tanto se celebraba la comparecencia, prevista para estos casos, quedaron depositadas en Madrid. Una vez celebrada la comparecencia, y, por tanto, ya con audiencia de las dos partes enfrentadas en el proceso, la Audiencia, por Auto de 26 de enero de 2006, resolvió alzar y dejar sin efecto la medida cautelarísima adoptada en el Auto anterior.

En el segundo de los ejemplos a los que me he referido, el Juzgado Central, por Auto de 30 de enero de 2006, acordó la suspensión del Acuerdo del Comité de Competición de la Real Federación Española de Fútbol, por el que se acordaba la continuación, a puerta cerrada, de un partido de la Copa de S.M. el Rey entre el Valencia y el Deportivo, celebrado el 25 de enero y que fue suspendido en el minuto 44, así como del Acuerdo que decidía la continuación del partido el día 1 de febrero a las 22 horas. En el Auto se convocaba a las partes a una comparecencia el día siguiente, 31 de enero, a las 12,45, y, una vez celebrada, ese mismo día, el Juzgado dictó otro Auto, por el que acordó el levantamiento de la medida cautelarísima previamente adoptada *inaudita parte*.

de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales; o (ii) no apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al art. 131, esto es, por el procedimiento ordinario, a lo largo del cual los interesados no podrán solicitar nuevamente una medida cautelar *inaudita parte*.

En el caso de las medidas “pre-procesales”, esto es, las que se solicitan y adoptan antes, incluso, de la interposición del recurso y que sólo están previstas para la vía de hecho y la inactividad, el art. 136.2 establece que si no se interpone el recurso, en el plazo de diez días, contados desde la notificación del Auto de medidas cautelarísimas, la medida acordada quedará automáticamente sin efecto, y el solicitante deberá indemnizar los daños y perjuicios que la medida cautelar haya causado.

## 5 EFICACIA Y EJECUTIVIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ADOPTADAS

Una cuestión tremendamente importante y difícil, que la Ley no ha querido afrontar en todo su alcance, es la relativa a determinar desde cuándo y hasta cuándo despliegan sus efectos las medidas cautelares adoptadas. La respuesta a esta pregunta es aparentemente sencilla: la medida cautelar es eficaz desde el momento en que se otorga y, si se trata de uno de esos casos en los que el órgano judicial ha adoptado alguna medida de contracautela, entonces, como dice el art. 133.2, “*la medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas*”. Pero lo que la Ley no contempla y, por tanto, no resuelve, es la trascendental cuestión de si la solicitud de la tutela cautelar produce por sí misma algún efecto sobre la ejecutividad del acto impugnado<sup>50</sup>. La cuestión, sin embargo, parece estar resuelta desde hace tiempo en la jurisprudencia y, además, en sentido afirmativo, lo que hace todavía más incomprensible el silencio del legislador en este punto.

En efecto, ya en 1990 la Audiencia Nacional había manifestado, en un importante Auto, que si el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface – según doctrina del Tribunal Constitucional – facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de los órganos judiciales, es evidente que si la Administración ejecuta su acto mientras éstos están decidiendo sobre la cuestión, “*estará violando (y este Tribunal también si no lo evita) el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte actora*”<sup>51</sup>. Años más tarde, el Tribunal Constitucional ha venido a decir sustancialmente lo mismo en su Sentencia 78/1996, de 20 de mayo, por la que estimó el recurso de amparo interpuesto

50 El Grupo Parlamentario Catalán ( CiU ) propuso añadir al texto del que entonces era el art. 125.2 lo siguiente: “*Dicha solicitud suspenderá la ejecución mientras no exista resolución sobre la misma*” (enmienda nº 247, BOCG nº 70-8, de 24 de noviembre de 1997, p. 120).

51 Sobre esta cuestión en general y sobre el Auto de referencia en particular puede verse mi libro *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, cit. pp 140-141 y 162-164.

contra una resolución que ordenaba ejecutar una sanción, a pesar de que la misma estaba recurrida en vía administrativa y solicitada su suspensión<sup>52</sup>. El Tribunal, después de reiterar su doctrina sobre tutela cautelar en materia administrativa, concluye:

*“...el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación jurisdiccional de su denegación, y si se ejercitó en el proceso debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica. El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión (STC 66/1984). Si, pues, hemos declarado que la tutela se satisface así, es lógico entender que mientras se toma aquella decisión no pueda impedirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en Juez. Los obstáculos insalvables a esta fiscalización lesionan, por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva”.*

La conclusión del Tribunal Constitucional, sentada en relación con la ejecución de una sanción no firme, pero necesariamente de aplicación general a cualquier acto, dada la argumentación en la que se apoya, no puede ser más coherente con su propia doctrina sobre la tutela cautelar. Efectivamente, si el art. 24 CE exige que la ejecutividad de la actividad administrativa pueda someterse a una decisión judicial, para evitar que el tiempo que dura el proceso acabe privándolo de su utilidad, es evidente que mientras que se toma esa decisión la Administración no puede ejecutar su acto, porque si así lo hiciese sería ella y no el juez quien decidiría sobre dicha ejecutividad, con lo cual no sólo estaría vulnerando el art. 24.1 CE, sino también el 117.3 CE que establece que la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales<sup>53</sup>.

No obstante, la STC 78/1996, después de decir que la Administración no puede – ejecutando su acto – impedir que los Tribunales resuelvan sobre la ejecución que un día puede ser sometida a su control, añade que *“los obstáculos insalvables a esta fiscalización lesionan, por tanto, el derecho a la tutela judicial”*. Podría pensarse que con esta afirmación el Tribunal está

52 Posteriormente, el Tribunal Constitucional ha confirmado esta interpretación en su Sentencia 243/2006, en la que, citando la STC 78/1996, declara: *“La tutela judicial efectiva en cuanto se refiere a la ejecutividad de los actos administrativos se satisface facilitando que la misma pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste resuelva sobre su suspensión [...] La demandante tuvo la oportunidad tanto de someter a control del órgano contencioso-administrativo competente la legalidad de la declaración de firmeza de la resolución sancionadora, como de solicitar la suspensión cautelar del acto administrativo en tanto aquél se pronunciaba, e hizo uso, sin restricción alguna, de dichas oportunidades, obteniendo del órgano judicial la adopción de la medida cautelar interesada”*.

53 V. CHINCHILLA MARÍN, C. *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa* cit., pp. 162-163. Esta idea aparece en la STS de 3 de marzo de 2007, al decir el Tribunal Supremo que la imposibilidad de que la Administración realice actuaciones de ejecución del acto administrativo impugnado que comprometan irreversiblemente la decisión cautelar del órgano judicial, es una exigencia *“del deber de lealtad procesal de las partes, anudado al principio de la buena fe, y del respeto al reparto de poderes establecido en la Constitución”* (el subrayado no aparece en la Sentencia).

exigiendo que para que pueda decirse que hay lesión constitucional ha de darse una suerte de irreversibilidad en lo ya ejecutado por la Administración ("*...obstáculos insalvables...*"). No creo, sin embargo, que pueda atribuirse este significado a la expresión en cuestión, ya que el Tribunal no dice que la lesión, por la que otorgó el amparo, se produjera por haber hecho perder a la tutela judicial su efectividad, como consecuencia de haberse causado unos concretos daños, de difícil o imposible reparación, sino por haber impedido, *en abstracto*, la revisión jurisdiccional de la ejecutividad de un acto administrativo<sup>54</sup>. Ello queda suficientemente claro, en mi opinión, en el siguiente pronunciamiento de la Sentencia:

*"La cuestión radica, pues, precisamente en que se ordenase ejecutar la sanción sin esperar a su firmeza y aun sin haber resuelto ni el recurso de reposición ni la solicitud de suspensión. ...Y aunque también es cierto que, en el proceso de impugnación del acto sancionador [...] podría obtenerse no sólo una resolución de fondo sobre su legalidad sino, eventualmente, un Acuerdo de suspensión, éste sería evidentemente tardío y entre tanto se habría consumado la indefensión del sancionado en cuanto a su solicitud de suspensión del acto que no hubiera podido ser ya revisada por el Tribunal competente. Ello lesiona, de modo evidente, el art. 24.1 CE al impedir el acceso de dicha petición al Juez y, en consecuencia, hace que proceda la estimación del amparo".*

De lo dicho se desprende, pues, que lo que lesiona el art. 24.1 CE es el hecho de que la Administración ejecute el acto, una vez que se ha recurrido y solicitado frente al mismo la tutela cautelar, pues es obvio que, en relación con la parte que haya sido ejecutada por la Administración, nunca podrá ya resolver, y ejecutar lo resuelto, un órgano judicial. Dicho lo cual, la conclusión debería ser la siguiente: *la solicitud de tutela cautelar en vía administrativa o judicial suspende automáticamente la ejecutividad del acto administrativo*<sup>55</sup>.

54 En la STS de 13 de marzo de 2007, el Tribunal Supremo, tras citar la STC 78/1996, afirma que "*la aceptación incondicionada y sin matiz alguna de la tesis de que la solicitud de suspensión en vía jurisdiccional conlleva, automáticamente, el desapoderamiento absoluto de la Administración para ejecutar sus propios actos, comportaría, con toda probabilidad, la quiebra del principio constitucional de eficacia...*". Asimismo, y después de haber afirmado que la solicitud de suspensión "*no comporta necesariamente la paralización absoluta de toda actividad de la Administración tendente a la ejecución de sus propios actos*", concluye que "*cuando se solicite la suspensión del acto impugnado en vía jurisdiccional, mientras no recaiga resolución en la pieza cautelar incoada al efecto, la Administración sólo podrá realizar actuaciones tendentes a la ejecución de aquél que no comprometan definitivamente, de manera irreversible, la decisión judicial que pudiera dictarse al respecto, ni constituyan obstáculos de entidad relevante para su materialización*". En el caso enjuiciado por esta Sentencia, el acto impugnado, y sobre el que se había pedido la suspensión, era el acuerdo de inicio de un expediente sancionador por parte de la CMT contra Telefónica. El Tribunal Supremo consideró que no se había vulnerado el derecho a la tutela cautelar de la entidad por considerar que no se aprecia "*que se haya limitado, dificultado o condicionado ni el acceso al recurso jurisdiccional ni la decisión cautelar por la decisión adoptada de iniciar un procedimiento sancionador, que constituye un acto de trámite que no despliega efectos jurídicos en los otros procesos jurisdiccionales, y en relación con la ejecutividad de la resolución que en su caso ponga fin al expediente sancionador, podrá ejercer la facultad de solicitar de los Tribunales, sin condicionamiento alguno, que se acuerde la medida de suspensión cautelar*".

55 Para una reflexión más profundada sobre los problemas que plantea este criterio jurisprudencial me remito a mis trabajos, ya citados, *La Tutela Cautelar*, pp 629 a 630 y *Los criterios de adopción de las medidas cautelares...*, cit, pp. 30 a 34.

Y esta es también, aunque formulada en términos diferentes, la conclusión que el Tribunal Supremo extrae de la STC 78/1996, tal y como queda reflejado en – entre otros – los siguientes pronunciamientos:

*“El Tribunal Constitucional en su Sentencia de 17 de junio de 1982, tuvo ya ocasión de pronunciarse sobre la eventual oposición que podía darse entre el principio de ejecutividad de los actos administrativos y el citado derecho a la tutela judicial efectiva, y desde su sentencia 66/1984, de 6 de junio, viene armonizando, en términos de principios, ambas exigencias, afirmando que se concilian cuando se hace posible que la ejecutividad del acto administrativo pueda ser sometida a un Tribunal para que adopte la medida pertinente sobre sus suspensión, especificando, además, que mientras se toma la decisión judicial sobre la suspensión cautelar, ésta no debe verse impedida por la ejecución del acto”<sup>56</sup>.*

O, con más claridad aún, cuando afirma:

*“Esta Sala [...] ha recordado que la STC 78/1996, de 20 de mayo, declaró: <<el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación de su denegación, y, si se ejercitó en el proceso, debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica>>.*

Tras lo anterior, se ha sentado la conclusión de que el derecho a la tutela se satisface cuando, antes de la ejecución, se permite someter a la decisión de un tribunal la ejecutividad, para que este resuelva sobre la suspensión. Y que, por tanto, *se vulnera ese derecho fundamental*, no cuando se dictan actos que gozan de ejecutividad, sino *cuando, en relación con los mismos, se inician actos materiales de ejecución sin ofrecer al interesado la posibilidad de instar judicialmente la suspensión de esa ejecutividad*<sup>57</sup>.

O, finalmente, cuando dice, refiriéndose a la doctrina sentada en la STC 78/1996:

*“Lo que conlleva esta doctrina es que, sometida a control jurisdiccional una resolución administrativa, y solicitada la suspensión de ejecución de la misma, no cabe que la Administración ejecute hasta que el órgano jurisdiccional se pronuncie.”<sup>58</sup>*

56 ATS de 12 de julio de 2000. El subrayado no está en el texto original.

57 STS de 24 de noviembre de 2004; el subrayado no está en el texto original. En el mismo sentido, la STS de 17 de julio de 2001.

58 STS de 9 de febrero de 2010. El subrayado no está en el texto original. Es importante llamar la atención sobre lo que el Tribunal Supremo afirma a renglón seguido del párrafo transcrito: *“Ahora bien, lo que no conlleva esta doctrina es que la Administración, con una resolución firme en vía administrativa, deba esperar el plazo de dos meses que tiene el interesado para recurrir un acto administrativo en vía jurisdiccional para poder ejecutar, pues ello sería tanto como decir que, en todo caso, habría dos meses de suspensión automática de la ejecución, lo que no se prevé en nuestro ordenamiento jurídico. Además, de ser este el criterio correcto, lo que no es así, carecería de sentido la posibilidad de adoptar medidas cautelares provisionales, sin audiencia de la Administración demandada, prevista en el art. 135 de la Ley nº 29/1998...”*.

Si todo lo dicho hasta aquí concierne al “desde cuándo” empieza a surtir efecto la medida cautelar, se trata ahora de preguntarnos por el “hasta cuándo”. Tras una modificación introducida en el Senado<sup>59</sup>, el art. 132.1 de la Ley establece que *“las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley”*. Es lógico que así sea, ya que su naturaleza instrumental respecto de la decisión final y definitiva determina que la vida de la medida cautelar siga la suerte de la pretensión principal. Esto es también lo que explica que las medidas cautelares estén sujetas a la regla *rebus sic stantibus*, en virtud de la cual la medida adoptada puede y debe modificarse al ritmo de los cambios operados en las circunstancias que justificaron su otorgamiento.

De acuerdo con ello, la Ley ha previsto que las medidas cautelares *“podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambian las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado”* (art. 132.1), prohibiendo expresamente – y en un sentido radicalmente opuesto a lo que decía el Proyecto de ley del Gobierno en este punto<sup>60</sup> – que las medidas se modifiquen o revoquen *“en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto del análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y, tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar”* (art. 132.2). Así, pues, una vez agotadas las posibilidades de recurrir contra los Autos que resuelvan la solicitud de tutela cautelar, cabe la modificación o revocación de lo que en ellos se haya decidido, en cualquier sentido, esto es, tanto si se han adoptado las medidas, como si se han denegado. Ahora bien, esa modificación no puede venir determinada por un cambio en la apreciación del órgano judicial, ya que una vez que la resolución cautelar no es susceptible de recurso, la decisión es definitiva, en el sentido de que ya no son revisables la apreciación y ponderación que el órgano judicial hizo en su día de los presupuestos existentes, lo que no impide que la resolución se modifique como consecuencia de un cambio operado en las circunstancias que determinaron esa resolución<sup>61</sup>. Y es que el juicio cautelar, como advirtiera Calamandrei, es la comprobación *definitiva* de la existencia de las condiciones necesarias y suficientes para obtener la constitución *ope iudicis* de una relación

59 En el texto aprobado por el Pleno del Congreso se decía que *“las medidas cautelares estarán en vigor hasta que termine la instancia procesal en la que se hayan acordado”* (BOCG nº 70-12, de 8 de abril de 1998, p. 290). El texto finalmente aprobado es fruto de una enmienda del Grupo Popular con la que se pretendía evitar que las partes se viesen obligadas a tramitar incidente de medidas cautelares en cada instancia procesal (BOCG nº 77, de 6 de junio de 1998, pp. 91 a 92).

60 Estrechamente vinculado, en mi opinión, a la concepción de la tutela cautelar basada en la apariencia de buen derecho que establecía el Proyecto de Ley, su art. 124.4 decía que *“las medidas cautelares podrán ser modificadas o revocadas motivadamente como consecuencia de una nueva apreciación del Juez o Tribunal o en virtud de nuevas circunstancias alegadas por las partes”*.

61 V. mi trabajo *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, cit. pp 61-63.

jurídica a término, destinada a tener eficacia, *rebus sic stantibus*, hasta el pronunciamiento del fallo principal<sup>62</sup>.

Para terminar, y por lo que respecta a la ejecución de las medidas cautelares, la Ley ha previsto que se le aplique el sistema de garantías establecido para la ejecución de sentencias<sup>63</sup>, poniéndose así de manifiesto que existe un derecho a obtener la ejecución en sus propios términos de los Autos que acuerden medidas cautelares. Ello significa, por ejemplo, que serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a las resoluciones que acuerden medidas cautelares, que se dicten para eludir su cumplimiento (art. 103.4 LJCA); o que los órganos judiciales podrán acordar la ejecución subsidiaria de una medida cautelar positiva (art. 108.1.b) o imponer multas coercitivas (art. 112.a), etc. De nada serviría el sistema de tutela cautelar si el cumplimiento de las medidas cautelares adoptadas por los órganos judiciales no pudiera imponerse forzosamente a quien resulta obligado a ello, y por eso hay que entender que el derecho a la ejecución de las medidas cautelares – que, obviamente, es inherente al derecho a obtenerla – incluye el derecho a solicitar del órgano judicial su ejecución forzosa, promoviéndose el correspondiente incidente de ejecución de la medida cautelar<sup>64</sup>. Por consiguiente, cuando el art. 134.1 dice que al cumplimiento de la medida cautelar le serán de aplicación todos los preceptos que regulan la ejecución de sentencias *salvo* el art. 104.2, hay que interpretar que lo que está declarando inaplicable a la ejecución de las medidas cautelares no es la posibilidad de instar su ejecución forzosa, sino la parte de ese precepto que establece plazos para el cumplimiento voluntario y la ejecución forzosa de las sentencias, ya que, en el caso de los Autos de medidas cautelares, el cumplimiento ha de ser “inmediato”. Aparte de que, como ya se ha dicho, el derecho fundamental a obtener medidas cautelares no sería nada sin el derecho, también fundamental, a obtener su ejecución, carecería

62 CALAMANDREI, P. op. cit., p. 86.

63 Según el art. 134.1 “*El auto que acuerde la medida se comunicará al órgano administrativo correspondiente, el cual dispondrá su inmediato cumplimiento, siendo de aplicación lo dispuesto en el capítulo IV del Título IV, salvo el art. 104.2*”.

64 A este respecto, son ilustrativos los Autos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de enero de 1992 y de 2 de marzo de 1991, dictados en un incidente de ejecución de medidas cautelares. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 4ª) dictó Auto, de 15 de diciembre de 1990, por el que se suspendió la decisión de la Jefatura de Estudios del Centro de Estudios Judiciales por la que se obligaba a optar entre el curso de Jueces o el de Fiscales a quienes hubieran aprobado las dos oposiciones de ingreso en el Centro para el posterior acceso a la carrera judicial y Fiscal. Los recurrentes plantearon un incidente de ejecución denunciando la ejecución fraudulenta del Auto de suspensión por parte del Centro que había establecido horarios en los que las clases de los dos cursos eran plenamente coincidentes. Por Auto de 25 de enero de 1991 el Tribunal J resolvió “*requerir al Centro de Estudios Judiciales adopte todas las medidas para la ejecución del Auto de suspensión, con abstención de aquéllas que puedan dificultar o agravar su cumplimiento*”. Los actores volvieron a plantear incidente de ejecución frente a la propuesta de nombramiento de los alumnos que habían superado el curso y los que por el número de inasistencias no lo habían superado. El Tribunal volvió a dictar otro Auto, de 2 de marzo de 1991, suspendiendo la propuesta de nombramiento con condena en costas al Centro. Entre otras cosas, en dichos Autos se afirma que la suspensión de un acto conlleva la ineficacia de los actos dictados en su desarrollo; que la medida cautelar despliega sus efectos mientras dura el proceso, y que hasta que no haya sentencia la Administración debe abstenerse de realizar actos contrarios a la suspensión adoptada; y, por último, que el beneficiado por la suspensión puede dirigirse al Tribunal solicitando la adopción de las medidas necesarias para su ejecución.

por completo de sentido aplicar a las resoluciones cautelares todo el sistema de garantías de la ejecución de sentencias y negar, sin embargo, la posibilidad de pedir que ese sistema se ponga en marcha que es, en definitiva, lo que significa instar la ejecución forzosa de dicha resolución. Interpretado en estos términos el art. 134.1 de la Ley, habría que concluir que quien obtiene una medida cautelar tiene derecho a solicitar su ejecución forzosa cuando sea firme, y su ejecución provisional cuando no lo sea, al margen de que, a su vez, frente a su ejecución provisional quepa adoptar las medidas que fuesen necesarias para evitar o paliar los perjuicios que de dicha ejecución pudieran derivarse (arts. 84 y 91 LJCA). Como puede verse, el estudio de los problemas que suscita la ejecución de los Autos de medidas cautelares nos llevarían muy lejos, ya que se trata de una cuestión interdependiente de dos grandes cuestiones, a saber, el régimen de recursos y sus efectos, de un lado, y el régimen de ejecución provisional de las sentencias, y las posibles medidas frente a dicha ejecución, de otro, temas ambos que desbordan el objeto de nuestro estudio.