

María Itziar PERICAS ESTRADA

DE VUELTA A LA BATALLA POR LAS MEDIDAS
CAUTELARES.

El artículo 200 bis: Un nuevo frente doctrinal y jurisprudencial

*Trabajo de Fin de Carrera
dirigido por
María del Mar MARTÍNEZ MARTÍNEZ*

*Universidad Abat Oliba CEU
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
Licenciatura en Derecho*

2013

*La cuestión está en saber – objetó Alicia- si usted
puede conseguir que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes.
La cuestión está en saber – declaró Tentetieso-
Quién manda... ¡ Si ellas o yo!*

*CARROLL, L. Alicia en el País de las Maravillas.
A través del Espejo, Cap. VI.*

Resumen

El legislador estatal ha introducido un nuevo artículo 200 *bis* en la LCSP, como medida para luchar contra la morosidad de las Administraciones públicas. No obstante, como se verá en el presente trabajo, bajo el enunciado de “procedimiento para hacer efectivas las deudas de la Administración”, se esconde, simplemente, la regulación de una nueva medida cautelar y la reducción del plazo para acudir a la vía judicial para estos supuestos de inactividad administrativa. A tal efecto, este estudio aborda sistemáticamente las medidas cautelares en lo contencioso-administrativo, a las que se ha sumado el nuevo precepto. El camino recorrido comienza por los antecedentes jurisprudenciales en aplicación de la anterior normativa en materia cautelar; la regulación comunitaria con el paradigmático caso *Factortame* y el giro jurisprudencial de nuestro TS en 1990 con el soporte del TC. Ello nos conducirá al estudio de los artículos 129, 130 y 136 de la vigente ley de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, llevándonos finalmente al análisis sistemático y teleológico del 200 *bis*.

Resum

El legislador estatal ha introduït un nou article 200 bis a la LCSP, amb la finalitat de lluitar contra la morositat de les Administracions públiques. No obstant això, com es veurà al llarg del present Treball sota l'enunciat de: "Procediment per fer efectius els deutes de les administracions públiques", amaga simplement la regulació d'una nova mesura cautelar i la reducció del termini per aquests supòsits d'inactivitat administrativa. Per analitzar adequadament el contingut d'aquest article, hem considerat oportú estudiar les mesures cautelars en lo contenciós-administratiu. El camí recorregut comença en els antecedents jurisprudencials en l'aplicació de l'anterior normativa en mesures cautelars, segueix per la regulació comunitària i com aquesta va ser aplicada en un conegut cas del TJCE – cas Factortame-, això ens permetrà entendre el gir jurisprudencial del Tribunal Suprem de 1990 així com el alè donat pel Tribunal Constitucional. Tot això, ens conduirà al anàlisi dels articles 129, 130 i 136 de la vigent Llei de la jurisdicció contenciós-administratiu, això ens porta finalment al anàlisi del 200 bis.

Abstract

State legislator has introduced a new article 200 bis in the LCSP, as a measure to combating late payment in commercial transactions, - also undertakings and public authorities-. However, as discussed in the present assignment, under the heading of "proceeding to enforce the payment of the debts of the Administration" lies simply the regulation of a new precautionary measure and the reduction in the term to go to the courts for these assumptions of administrative inactivity. To this end, this study systematically addresses the precautionary measures in administrative disputes, to which the new precept has joined. The journey begins with the legal background applied under the previous rules on prudential, continues with the European regulation with the leading Factortame case and the jurisprudential shift of our Tribunal Supremo in 1990 with the support of the Tribunal Constitucional. Finally, we analyze systematically and teleologically article 200 bis.

Palabras claves/Paraules clau/Keywords

Medidas Cautelares – Tutela judicial efectiva– Morosidad Administraciones públicas.// Mesures Cautelars- Tutela judicial efectiva- Morositat de les Administracions públiques// Precautionari mesures- Right to an effective remedy- late payment public administrations.

Sumario

Introducción	9
PRIMERA PARTE. LAS MEDIDAS CAUTELARES: PRECEDENTES Y GIRO JURISPRUDENCIAL DE LA MANO DE EUROPA	
1. Las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956: Los estrechos límites de la tutela cautelar contencioso-administrativa en la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo	13
1.1 La concesión de la medida cautelar: un supuesto excepcional.....	15
1.2 No cabe la suspensión si los daños generados pueden resarcirse Económicamente.....	20
1.3 La nulidad como causa para acordar la suspensión.....	22
1.4 La firme jurisprudencia ante los actos de contenido negativo.....	26
2. El Sistema cautelar en sede comunitaria y el giro jurisprudencial español.....	27
2.1 Sistema cautelar comunitario.....	30
2.2 Caso <i>Factortame</i>	34
2.3 Giro jurisprudencial del Tribunal Supremo.....	36
2.4 Soporte del Tribunal Constitucional a la nueva doctrina del Tribunal Supremo.....	42
SEGUNDA PARTE. MEDIDAS CAUTELARES VIGENTES EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	
1. Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa: artículos 129, 130 y 136.....	49
1.1 Exposición de Motivos de la LJCA	49
1.2 El artículo 129 de la LJCA. La medida cautelar: de algo excepcional a la norma general.....	51
1.3 El artículo 130 de la LJCA. Requisitos para la adopción de medidas de régimen general.....	55
1.4 Artículo 136, las medidas cautelares de régimen especial: Solución a situaciones de inactividad o vía de hecho.....	74
2. El artículo 200 bis ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?	80
2.1 Contextualización de la Ley 15/2010 de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.....	81
2.2 El artículo 200 bis introducido por Ley 15/2010, en la LCSP.....	84
2.3 ENMIENDA de Doña María Itziar Pericas Estrada al artículo 217 del TRLCSP.	90
Conclusiones.....	93
Bibliografía	97
Anexo	101

Introducción

No es una novedad, ya que por todos es conocida, la gravedad de la situación actual, una compleja crisis financiera, que explotó en 2008, llevando a la economía norteamericana y europea a una depresión económica que dura ya cinco años. Este tiempo de crisis económica ha destapado un sistema que permitía, desde hacía años, un gasto público que se despilfarraba con subvenciones insostenibles, obras públicas innecesarias – que derrochaban el caudal público para tapar el paro estructural que arrastra este país-, entre otros muchos casos; también hemos conocido abundantes escándalos de corrupción tanto de cargos como personajes públicos, así como también un sistema bancario abusón y sin límites en muchos supuestos – desde vender preferentes a gente que no comprendía el producto financiero en el que iba a depositar sus ahorros, a cláusulas abusivas en hipotecas celebradas con personas que podía preverse que no podrían asumir sus pagos futuros, hasta el conocido caso de *Bankia* y su controvertida salida a bolsa, etc.- .

En definitiva, se ha desenmascarado un sistema económico y político, insostenible e intolerable. Por otro lado, la deuda pública ha protagonizado junto a la prima de riesgo innumerables titulares de prensa en estos últimos años, llegando a máximos insospechados. Esto supone un grave problema a la hora sostener la economía de muchos países de la eurozona, ya que provoca que la deuda sea cada vez más cara.

Debemos tener presente, que en la teoría económica se establece un sistema en que el Estado puede incentivar el crecimiento de su país mediante el gasto público – política fiscal expansiva- al igual que puede estabilizarla o controlar un crecimiento constante. Con los años, los países han abusado de este método, ya que se gastaba más de lo que se ingresaba impositivamente, además de que resulta discutible si el gasto respondía a incentivar la economía y mantener un estado de bienestar. Sin embargo, gastar más de lo posible no suponía *a priori* un problema para los Estados, ya que éstos refinanciaban su deuda a través de vender la deuda pública. Pero si a ello, le añadimos la inestabilidad política y económico-social española, entendemos el encarecimiento de la refinanciación, ya que los inversores veían en nuestro país un mayor riesgo, de ahí que hayamos tenido la prima de riesgo por las nubes. No obstante, Europa ha tenido que recordar –impositivamente- que ha querido siempre que el gasto público sea una herramienta eficaz para la economía y no una carga que impide el crecimiento de un país, por ello es exigible que se mantengan – tanto

la deuda como el déficit público- en unos márgenes razonables y constantes; algo muy lejano a la situación actual.

Otro de los problemas que con la crisis se ha agravado, es la morosidad del Sector Público, que en muchos casos acaba en impago. Esto está llevando, lamentablemente en la mayoría de los casos, a las pequeñas y medianas empresas a la quiebra, ya que no han podido ni pueden soportar los costes de la morosidad y mantener, a su vez, la empresa a flote. Por ello, una forma – eficaz, más allá de los recortes- de reducir gasto, además de controlarlo, es la lucha contra la morosidad. Por ejemplo, si reducimos los plazos de pago, en cierta medida animamos a que la administración que gasta disponga del dinero y además corregimos un gasto moroso, que siempre será mayor que el gasto en tiempo debido. Sin embargo, esto es una medida que puede resultar eficaz a medio o largo plazo, pero actualmente con la caja en números rojos, esta no es la solución, ya que si la administración no dispone del cash suficiente para pagar a sus proveedores, es todavía más difícil que cumpla con los plazos debidos de pago. Lo cierto es que, en los últimos años, la morosidad pública sigue aumentando.

Entonces, ¿Cuál es el problema? O mejor dicho, ¿Cuál puede ser uno de los problemas dentro de tantos? Creemos que necesitamos un cambio de mentalidad y del sistema con instrumentos que garanticen el cumplimiento de la Ley por parte del Sector público, para que se cumpla la obligación de pago en el tiempo establecido. Uno de los instrumentos que a corto plazo – en la actualidad- puede ayudar a los proveedores a cobrar las deudas pendientes y en el largo plazo intentar garantizar que el pago sea menos moroso o que la demora no sea tan larga, es el novedoso artículo 200 *bis*¹ de la LCSP², que fue introducido por la Ley 15/2010³ de 5 de julio, como mecanismo para hacer efectivas las deudas con la administración pública, reduciendo el plazo para acudir a la vía judicial y estableciendo la orden de pago de la deuda como medida cautelar. Este nuevo precepto es, en último lugar, objeto de nuestro estudio. Este escenario, a primera vista podría parecer ideal, pero dada

¹ Actual artículo 217 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Publicado en el *BOE* núm. 276 de 16 de noviembre de 2011.

² Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Publicado en el *BOE* núm. 261 de 31 de octubre de 2007.

³ Ley 15/2010 de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Publicado en el *BOE* núm. 163 de 6 de julio de 2010.

su controvertida redacción, ha llevado a la doctrina y a los mismos jueces a interpretaciones dispares. Por ello, hemos considerado oportuno no empezar la casa por el tejado y analizar este precepto en el último punto. Necesitamos, antes de todo, asentar bien los cimientos, estos no son otros que las medidas cautelares en lo contencioso-administrativo, una cuestión para nada pacífica a lo largo de los años en nuestro país. Por ello, en cuanto a la metodología empleada, hemos querido empezar este trabajo analizando distintos pronunciamientos judiciales, posteriores a la Constitución española, que aplicaban de la LJCA de 1956⁴ – vigente hasta la LJCA de 1998⁵- para comprender la resistencia de nuestra jurisprudencia en la adopción de medidas cautelares en lo contencioso-administrativo, pese ser la tutela judicial efectiva un derecho fundamental. Sin embargo, en España se produjo a finales de 1990 un cambio radical en la jurisprudencia inspirado en un famoso caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Por ello el segundo paso que hemos considerado oportuno dar es acudir al ámbito comunitario para conocer qué sucedía y cómo se regulaba la materia cautelar, teniendo en cuenta que el Derecho comunitario forma parte también del nuestro – por efecto directo-. Ello nos ha permitido llegar al tercer punto que realiza un breve, pero oportuno, análisis del famoso caso *Factortame*. Pues bien, conocido el origen que provocó el giro jurisprudencial de nuestros Tribunales, llegamos al análisis de los Autos del Tribunal Supremo, que basados en lo comunitario, dejan atrás la línea restrictiva estudiada en el primer punto. Sin embargo, entendíamos necesario un breve estudio al soporte que dio el Tribunal Constitucional a los nuevos pronunciamientos del Tribunal Supremo, sobretodo si tenemos en cuenta que, en el ámbito cautelar lo que está en juego es la tutela judicial efectiva.

Una vez vistos los orígenes, pero antes de acometer el análisis del 200 *bis*, nos resulta obligado considerar la vigente regulación de medidas cautelares de la LJCA de 1998. Por ello, hemos realizado un estudio sistemático de los artículos 129, 130 y 136. Finalizado éste, se aborda el análisis de la redacción y contenido del nuevo artículo 200 *bis*.

⁴ Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre 1956. Publicada en el *BOE*, núm. 363 de 28 de diciembre de 1956. Publicada en el *BOE*, núm. 363 de 28 de diciembre de 1956.

⁵ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Publicada en el *BOE*, núm. 167 de 14 de julio de 1998.

PRIMERA PARTE
LAS MEDIDAS CAUTELARES:
PRECEDENTES Y GIRO JURISPRUDENCIAL
DE LA MANO DE EUROPA

*El tiempo necesario para tener razón
no debe causar daño a quien tiene razón.*

CHIOVENDA, G. *Notas a Cass. Roma, 7 marzo 1921.*

1. Las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956: Los estrechos límites de la tutela cautelar contencioso-administrativa en la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo⁶.

Mediante el presente apartado, deseamos exponer el estado de la cuestión de las medidas cautelares en sede de lo contencioso-administrativo, con anterioridad a la LJCA vigente en la actualidad-. Concretamente, el análisis lo abordaremos a partir de diversos Autos del Tribunal Supremo que tratan sobre la suspensión de la ejecución del acto administrativo. La ley, en virtud de la cual resolvía el Tribunal Supremo los mencionados Autos, era la LJCA del 1956. Cabe destacar que esta Ley es preconstitucional, pero se mantuvo en vigor hasta 1998⁷.

Tal y como venimos explicando, en ciertos supuestos suspender la ejecución del acto administrativo puede ser imprescindible para garantizar una tutela judicial

⁶ Mariano BACIGALUPO sintetiza este periodo legislativo en materia de medidas cautelares bajo este enunciado. Vid.: BACIGALUPO SAGGESE, M. *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo. (Antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998)*. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 15.

⁷ Aunque temporalmente pueda parecer distante a la Ley de 1956, es importante tener en cuenta a los efectos que nos ocupan que las medidas cautelares se han de entender en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva que actualmente se encuentra reconocido en el primer párrafo del artículo 24 de la Constitución Española de 1978 de la siguiente manera: "1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión."

Partiendo de ello, se irán suscitando los siguientes interrogantes: ¿Cómo se materializa la obtención de la tutela efectiva de cualquier persona en el ejercicio de sus derechos? ¿Se satisface con la obtención de una sentencia favorable? Podríamos pensar que el dictamen de una sentencia que responda a la pretensión planteada - ya sea favorable o no- plasma en gran medida el derecho de obtener una tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, pero no es suficiente. ¿Para qué quiere el administrado una sentencia favorable que es imposible llevar a cabo?

efectiva. Pero como bien sabemos, de un lado, partimos de la presunción de la plena sumisión de la Administración a la Ley y, de otro, de la presunción de validez y, en consecuencia, de la eficacia y ejecutividad de sus actos. Aún así, la realidad es que existe un margen de error y la Administración puede equivocarse cuando actúa conforme a Derecho. De ahí que sea necesario que el ordenamiento jurídico - en todos sus ámbitos- articule toda una serie de recursos para que quede garantizado el derecho a recibir una tutela judicial efectiva. Esta garantía, en la mayoría de casos, se articula mediante un sistema de medidas cautelares.

Por lo que respecta a nuestro ámbito de estudio, esto es, el derecho público, los Tribunales históricamente han mostrado cierta reticencia a otorgar las medidas cautelares, ya que eran muy pro acto administrativo, cuestión que en mayor o menor medida, como veremos, seguimos arrastrando en la actualidad. Esta excepcionalidad, en cierto grado, es comprensible ya que la suspensión del acto o disposición administrativa podría llegar a perjudicar al interés general, y ello, fomenta la tendencia de los tribunales a salvaguardar el principio de ejecutividad del acto o de la disposición administrativa en cuestión.

Dada la importancia de la materia que nos ocupa por cuanto, como se ha dicho, está en juego la tutela judicial efectiva, consideramos necesario abordar los antecedentes de la actual legislación. Los párrafos que siguen a continuación quieren mostrar el poco margen de maniobra que tenían las medidas cautelares en sede de lo Contencioso – Administrativo. Para ello, creemos oportuno estudiarlo a través de cómo la Jurisprudencia aplicaba el artículo 122 de la LJCA de 1956, que establecía lo siguiente:

1. La interposición del recurso contencioso-administrativo no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición objeto del mismo, salvo que el Tribunal acordare, a instancia del actor, la suspensión.
2. Procederá la suspensión cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.

Para estudiar los antecedentes jurisdiccionales, hemos establecido cuatro apartados que corresponden con las principales razones por las que habitualmente se rechazaba la concesión de la medida cautelar. El primer apartado explica cómo la concesión de la suspensión era una cuestión excepcional, ya que se regulaba como como la excepción a la regla general, por la que el recurso no suspende la ejecución del acto administrativo. El precepto legal, tal y como hemos leído,

establecía que sólo procedía la suspensión cuando los daños generados al ejecutar el acto administrativo fueren de imposible o difícil reparación. Por ello, dedicaremos el segundo apartado a entender cuándo los daños causados eran de difícil o imposible reparación y a mostrar que la Jurisprudencia habitualmente entendía, pese a las intenciones plasmadas en la Exposición de Motivos de la LJCA de 1956, que todos aquellos daños susceptibles de ser indemnizados económicamente eran reparables. En el tercer apartado queremos exponer que la nulidad como causa de suspensión de la Ley del Procedimiento Administrativo se extiende a sede Jurisdiccional, de todos modos la Jurisprudencia tal y como veremos acepta esta causa, pero por prudencia se resiste a su aplicación. El cuarto apartado se ha dedicado a analizar el firme trato que daba la Jurisprudencia frente al otorgamiento de medidas cautelares, cuando el objeto de recurso eran actos administrativos de contenido negativo, ya fuesen expresos o presuntos.

1.1 *La concesión de la medida cautelar: un supuesto excepcional.*

La RAE define lo excepcional como aquello “que se aparta de lo ordinario o que ocurre rara vez”⁸. Pues bien, la suspensión de la ejecución del acto administrativo, es decir, el otorgamiento de la medida cautelar, era algo excepcional en la jurisprudencia, tal como un inquilino *non grato* para la norma general.

El propio interés público y, en concreto, la necesidad de que actuación de la Administración sea eficaz, exigen que el acto administrativo sea ejecutivo. Es por ello, que en la LJCA de 1956 encontramos, en primer lugar, el carácter no suspensivo de los recursos; en segundo lugar, la excepción por la que procedía suspender la ejecución, sólo y únicamente en aquellos supuestos en que no otorgar la medida cautelar provocaría daños irreparables. Aun así, la Exposición de motivos de la LJCA de 1956 establecía lo siguiente:

En orden a la suspensión, la Ley la admite cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños de reparación imposible o difícil. Al juzgar sobre su procedencia se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego.

Por ello, la Jurisprudencia resolvía esta cuestión ponderando en cada supuesto litigioso en qué medida el interés público justificaba la ejecución del acto

⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. *Diccionario de la lengua española*. 22.ª edición, [on line] <http://lema.rae.es/drae/?val=excepcional> [Consulta: 8 de junio de 2012].

administrativo y, por otro lado, qué daños iba a provocar la no suspensión al recurrente. Debido a esto, para argumentar la procedencia de la suspensión como medida cautelar, la parte solicitante de la misma, debía demostrar, primero, que los daños y perjuicios que provocaría la ejecución del acto administrativo serían de imposible o difícil reparación, y segundo, que estos daños eran de mayor relevancia que la exigencia del interés público en la ejecución del acto. Tal y como veremos en el siguiente apartado, debemos tener en cuenta que mucha Jurisprudencia juzgaba que todo daño susceptible de ser cuantificado económicamente era reparable. Por lo que, podemos intuir ya, que rara vez se conseguía la suspensión de la ejecución del acto administrativo objeto del recurso.

Pese a lo dicho, podemos encontrar Autos del Tribunal Supremo que hacen oídos sordos a la Exposición de Motivos de la LJCA de 1956 en cuanto a la ponderación de intereses y que rechazan la suspensión basándose únicamente en la redacción literal del artículo 122. TORNOS MÁS, ya se pronunció en relación al artículo 122, al señalar que “la fórmula no ha resultado muy feliz, y ha permitido una interpretación muy restrictiva”⁹. Muestra de lo que anunciaba el profesor TORNOS, es el Auto de 30 de marzo de 1982 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo por el que se desestima un recurso de apelación interpuesto contra el Auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de septiembre de 1980 denegatorio de la suspensión de la ejecución del acto recurrido y que confirma la procedencia del rechazo de la suspensión de la ejecución del acto impugnado en virtud estricta del artículo 122. En él podemos observar una interpretación muy restrictiva de la norma:

Que frente a la ejecutividad de los actos administrativos como norma general, (...) se enuncia en el párr. de dicho artículo la excepción de aquella, que por su propia naturaleza se ha de circunscribir a sus términos, sin interpretaciones extensivas incompatibles con el carácter excepcional de la regla, que en otro caso se desvirtuaría y desbordaría su contenido y si con esta mira se analiza la excepción, fácil es advertir lo riguroso de sus términos, ‘daños o perjuicios de reparación imposible o difícil’ y los temores expuestos por la parte recurrente en orden a esos presuntos daños y perjuicios, no son de entidad suficiente para merecer esa calificación.

Este posicionamiento del Tribunal Supremo, pese a ser posterior a la Constitución y estar en juego la tutela judicial efectiva, no entra ponderar los intereses en juego y se limita a rechazar el otorgamiento de la medida cautelar por considerar que los

⁹ TORNOS MAS, J. “Suspensión cautelar en el proceso Contencioso-Administrativo y doctrina jurisprudencial”. *REDA*, núm.61, 1989, p. 121.

daños que se causarían eran reparables. Es pertinente criticar la falta de motivación por parte del Tribunal al establecer que los daños y perjuicios no son de entidad suficiente sin dar razón alguna.

Por ello GARCÍA DE ENTERRÍA explica en *La batalla por las medidas cautelares* que el carácter necesariamente ejecutorio de las decisiones administrativas se consideraba un rasgo esencial del Derecho administrativo, de modo que la suspensión cautelar de tales decisiones era una posibilidad excepcional y en la práctica remotísima, añadiendo que las medidas cautelares constituyen un recurso extremo, excepcional¹⁰.

Es ejemplo de todo lo dicho, también, el Auto s/núm. de la Sección sexta de la Sala de lo Contencioso -Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1991. Este Auto que resuelve el recurso de apelación sobre un Auto anterior que acuerda la suspensión de la ejecución de una licencia de obras, se sitúa en un momento temporal muy próximo al giro jurisprudencial que estudiaremos en posteriores epígrafes de este trabajo. Pese a que se aceptan los fundamentos de derecho del auto apelado, la Sala acabará rechazando la suspensión.

El primer aspecto que queremos destacar es la obediencia del Tribunal a la pauta que indica la Exposición de Motivos anteriormente citada, al entender que: “al resolver sobre la suspensión la Sala debe ponderar, (...) daños o perjuicios, por una parte, e interés público por otra, son los conceptos que, armonizados determinarán la procedencia o improcedencia de la suspensión.”

El segundo punto que queremos mostrar es que toda ponderación está siempre sujeta a las circunstancias concretas de cada supuesto, sin embargo, pensamos que la Jurisprudencia necesitaba establecer ciertas directrices comunes. Tal y como hemos visto en párrafos anteriores la Jurisprudencia decidía sobre el otorgamiento de la medida cautelar valorando los dos intereses afectados, de un lado el interés público, razón de ser en última instancia de la ejecutividad de los actos administrativos y, de otro, el derecho del solicitante a recibir una tutela judicial efectiva. Para ello, este mismo Auto del Tribunal Supremo señala que se ha de valorar en cada caso la procedencia de la suspensión en función de la intensidad del interés público en juego, literalmente señala que:

¹⁰ Vid.: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La batalla por las medidas cautelares*. Madrid: Civitas, 2006, p. 310.

Ello implica (...) que deba valorarse en cada caso (...) que cuando las exigencias del interés público presente sean tenues basten perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión y, por el contrario, cuando aquella exigencia sea de gran intensidad sólo perjuicios de muy elevada consideración puedan determinar la suspensión de la ejecución.

La posición trascrita acabó constituyendo la Jurisprudencia mayoritaria de la época, de modo que, el Juzgador al valorar la procedencia o no de la medida cautelar, no lo hacía tanto en base a si los daños fueran de difícil o imposible reparación, sino en base al resultado de dicha ponderación, no obstante, desde una perspectiva muy pro administración pública.

Sin embargo, en todos y cada uno de los autos estudiados, el Tribunal Supremo seguía aludiendo a lo requerido por el artículo 122, tal y como vemos en el Auto del 1991 ya citado:

por los recurrentes no se ha demostrado que en la ejecución del acto (...) se les ocasiona unos daños y perjuicios de reparación imposible o difícil y de gran importancia, ya que la situación siempre sería reversible y los menoscabos producidos durante su permanencia no cabe duda que podrían cuantificarse en dinero y resarcirse. (...)¹¹

A modo de conclusión y confirmación de todo lo expuesto, podemos traer a colación el Auto de 30 de septiembre de 1996 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Sección 4ª del Tribunal Supremo, que resulta muy ilustrativo al contener todos los extremos estudiados:

La medida de suspensión de la ejecución de los actos administrativos (...) sigue siendo en nuestro Derecho una medida de excepción al principio general de autotutela de la Administración, por lo que sólo debe otorgarse (...) cuando la ejecución hubiere de producir daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, por aplicación del artículo 122.1 de la LJCA (...) señalando la exposición de motivos de la Ley la necesidad de ponderar en qué medida el interés público exija la ejecución, debiéndose apreciar así el grado en que dicho interés está en juego.

Cabe destacar la fecha de este Auto, que es muy cercano a la actual LJCA de 1998 y que se dio en un momento en el que existían ya muestras de Jurisprudencia que no era tan restrictiva a la hora de otorgar las medidas cautelares contemplando en

¹¹ Es de notar, sin perjuicio de lo que más adelante abordaremos que en el fundamento reproducido, empieza a aparecer uno de los motivos por los que se rechazaba la concesión de la suspensión, que al poder cuantificarse económicamente los daños podían resarcirse, por lo que la reparación resultaba fácil.

alguna ocasión, incluso la posibilidad de valorar el *fumus boni iuris*, no obstante, lo cierto es que aún en esa fecha los fundamentos de derecho empleados por la mayoría de sentencias a la hora de valorar la concesión de las medidas cautelares seguían siendo poco flexibles.

Pues bien, que la reparación de los daños que pueda ocasionar la ejecución del acto administrativo sea posible es la segunda razón que presenta el Tribunal Supremo para rechazar la suspensión. Con esto, se confirma que la Jurisprudencia venía exigiendo dos condiciones para otorgar la medida cautelar: (i) vencer la ponderación respecto del interés público y (ii) demostrar que los daños provocados son imposibles de cuantificar económicamente.

Del mismo parecer ha sido la doctrina mayoritaria al señalar que:

Según una reiterada jurisprudencia de la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la suspensión de la ejecución inmediata del acto o disposición objeto del recurso (...) no constituía una medida ordinaria, sino, bien al contrario, una excepción (...) a la regla general de la ejecutividad de los actos y disposiciones administrativos.¹²

Todo lo explicado, plantea un problema, que el Auto de 20 de febrero de 1985 advierte:

Que en la interpretación (...) del artículo 122 de nuestra Ley Jurisdiccional, para que los Tribunales puedan y deban otorgar la suspensión de la ejecución del acto (...), no se debe partir de un criterio único y absoluto, sino prestar atención preferente a las singularidades del caso debatido, lo que implica un relativismo, reñido con declaraciones dogmáticas y con intereses rígidos y uniformes.

En el mismo sentido TORNOS MÁS ha señalado que:

en cualquier caso, más allá del acierto o no en la formulación legal, y mientras ésta se mantenga, lo que me parece importante destacar es el protagonismo que debe asumir la jurisprudencia de los Tribunales contencioso-administrativos en una materia, por esencia, casuística.¹³

Esto implica, la necesidad de que se dé una uniformidad por parte de los Tribunales a la hora de motivar la procedencia de la concesión de la suspensión. Cabe destacar, que del estudio de los autos realizado, los criterios con los que se juzga

¹² BACIGALUPO SAGGESE, M. *Op.cit.*, p. 16.

¹³ TORNOS MAS, J. *Op. cit.*, p. 121.

son los mismos, pero que en todos ellos brilla por su ausencia la motivación concreta sobre las razones por las que se rechaza la suspensión, más allá de la teoría general que presenta la Ley. Por ello, TORNOS MÁS acaba concluyendo que “lo criticable es que un mismo parámetro normativo haya permitido respuestas dispares ante casos idénticos”¹⁴.

De todo lo expuesto, podemos concluir que la jurisprudencia en consonancia con la Exposición de Motivos de la LJCA, entiende que el principal y primer criterio para conceder la suspensión - única medida cautelar admitida hasta el momento- es ponderar en qué grado el interés público exige la ejecución¹⁵.

1.2 No cabe la suspensión si los daños generados pueden resarcirse económicamente.

Vista la tónica restrictiva en el otorgamiento de las medidas cautelares es el momento de plantearnos determinadas cuestiones como ¿Cuándo los daños generados son de difícil reparación? ¿Qué entienden los Tribunales por perjuicios irreparables? Pues bien, conviene ahora volver a recurrir a la Exposición de Motivos, citada anteriormente, habida cuenta que responde en negativo a la primera cuestión planteada, al poner de manifiesto que: “respecto de la dificultad de la reparación, no cabe excluirla sin más por la circunstancia de que el daño o perjuicio que podría derivar de la ejecución sea valorable económicamente”.

Sin embargo, y a pesar de la sana declaración de intenciones recogida en la repetida Exposición de Motivos, lo cierto es que como ha hecho notar BACIGALUPO:

la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo no fue durante mucho tiempo partidaria de suspender la ejecución del acto o disposición objeto del recurso cuando el daño o el perjuicio que de ese modo podían ocasionarse eran susceptibles de ser

¹⁴ TORNOS MAS, J. *Op. cit.*, p.124.

¹⁵ No queremos terminar este apartado sin perjuicio de que exceda ampliamente del objeto de nuestro estudio, sin señalar la problemática apuntada por TORNOS MÁS al abordar el fenómeno de las medidas cautelares de la época señalando que “Al resolver sobre la suspensión o no del acto, el Tribunal sitúa en los dos platos de la balanza un derecho fundamental y un bien constitucionalmente reconocido, la eficacia administrativa. ¿En qué medida puede limitar lo segundo el contenido de un derecho fundamental?”

TORNOS MAS, J. *Op. cit.*, p. 125.

reparados económicamente, dando, pues, por supuesta la solvencia de la Administración¹⁶.

La afirmación de BACIGALUPO viene confirmada por la línea jurisprudencial dominante de la época, a efectos ilustrativos podemos referir el Auto núm. 5374/1970 de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de lo Contencioso- Administrativo de 5 de diciembre de 1970, al afirmar que: “es claro que el tal acuerdo no lleva consigo daños o perjuicios de difícil o imposible reparación, ya que en último lugar habrían de ser de naturaleza crematística perfectamente compensable por la Administración demandada”.

Asimismo, el Auto núm. 3550/1972 de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de lo Contencioso- Administrativo de 23 de junio de 1972, que no vacila al entender que:

la norma general de ejecutividad (...) solo puede entenderse aplazada mediante la suspensión cuando la reparación de los daños o perjuicios sea imposible o difícil (...), mas no puede entenderse así cuando cifrado el problema en una posible indemnización o compensación cuantitativa.

O, el Auto núm. 2508/1974 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de lo Contencioso- Administrativo de 16 de mayo de 1974, que en la misma línea de los anteriores pronunciamientos señala que:

(...) ni es problemática o inexistente la indemnidad del reclamante, -porque la solvencia del Estado, elimina el riesgo, al recaer sobre los órganos de la Administración Central el reintegro de las cantidades que se liquiden en su día- claro es que no cabe encuadrar la pretensión de Litis en el marco del referido art. 122 de la Ley Jurisdiccional.

Y, el Auto núm. 4608/1991 de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1991, que su Fundamento de derecho segundo es del siguiente tenor literal: “no es de difícil reparación dada su traducción esencial a contenidos putamente económicos en relación con la responsabilidad y solvencia económica de la Administración”¹⁷

A pesar de existir una línea jurisprudencial unánime en el sentido apuntado anteriormente, como ha hecho notar FONT LLOVET:

¹⁶ BACIGALUPO SAGGESE, M. *Op. cit.*, p. 18.

¹⁷ Auto núm. 4608/1991 de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1991.

Para salir del paso – innecesariamente, porque ya lo hace de manera expresa la Exposición de Motivos de la LJ- de la todavía abundante jurisprudencia que excluye la dificultad de la reparación cuando los perjuicios que pueda ocasionar la ejecución sean valorables económicamente, el Tribunal acude a la técnica de considerar la dificultad existente en evaluar los posibles daños como presupuesto lógico de una ulterior dificultad en reparar los mismos. Necesariamente, si se hace difícil o imposible determinar el valor exacto de tales perjuicios, más difícil será proceder a su reparación; a pesar de que se admita que se trata de unos daños <<traducibles>> en términos económicos, es decir, evaluables patrimonialmente, la dificultad en fijar desde el principio el *quantum* exacto obliga a calificar tales perjuicios como de difícil o imposible reparación¹⁸.

No obstante, la apreciación realizada por FONT I LLOVET, lo cierto es que todos y cada uno de los razonamientos jurídicos argüidos en los distintos fallos judiciales estudiados, son unánimes al entender que los daños y perjuicios causados por no suspender el acto administrativo son de fácil reparación cuando pueden cuantificarse en términos económicos y por tanto indemnizarse. Podemos concluir, por tanto, que es de fácil reparación, porque dada la solvencia de la Administración, ésta podrá siempre resarcir los daños causados en su actuación contraria a Derecho.

1.3 *La nulidad como causa para acordar la suspensión.*

Numerosos eran los Autos y Sentencias que rechazaban la suspensión de la ejecución del acto administrativo para salvaguardar el interés general y por entenderse de fácil reparación los posibles daños ocasionados por la ejecución.

Pese a que el artículo 122 de la LJCA no contempla expresamente la posibilidad de suspender la ejecutividad del acto administrativo en base a motivos de nulidad, el artículo 116 de la Ley del Procedimiento Administrativo¹⁹ contemplaba suspender la ejecución mediante la invocación de la nulidad de pleno derecho del acto administrativo objeto del recurso, del siguiente tenor literal:

La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado, pero la autoridad a quien compete resolverlo podrá suspender de oficio o a instancia de parte, la ejecución del acuerdo recurrido, en el caso de que dicha ejecución pudiera causar perjuicios de

¹⁸ FONT I LLOVET, T. “Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos”. *REDA*, núm.34, 1982, p. 483.

¹⁹ Ley del procedimiento administrativo, de 17 de julio de 1958. Publicada en el *BOE*, núm. 171 de 18 de julio de 1958- en la modificación operada por la Ley 164/1963, de 2 de diciembre-.

imposible o difícil reparación, o cuando la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo cuarenta y siete de esta Ley.

Esta nueva causa de suspensión abría un camino alterativo para solicitar la medida cautelar. No obstante, la Jurisprudencia quiso impedir que la nulidad como causa de suspensión regulada en la Ley del Procedimiento Administrativo fuese el pretexto idóneo para que recurrentes que habían visto rechazada su petición por las causas del 122.2, solicitaran ahora la suspensión en base al citado artículo 116. Esto se logró exigiendo a la parte solicitante que acreditase la nulidad como ostensible y manifiesta.

Entrar a ponderar el interés general de llevar a cabo el acto administrativo con el interés particular de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva, al igual que decidir si los daños que puede provocar la ejecución del acto son o no reparables, es posible sin entrar a juzgar los hechos ni fundamentos de derecho por las que el solicitante recurre el acto administrativo. A diferencia de esto, otorgar la medida cautelar en virtud de la nulidad del acto administrativo, implicaba en cierta medida que el juzgador tuviera que exponer una opinión o anticipar una decisión sobre el fondo del asunto, ya que debe prejuzgar la pertinencia de las causas de nulidad en una pieza previa. La Jurisprudencia, para resolver este dilema, estableció unos criterios superficiales tales como la acreditación ostensible y manifiesta de la nulidad. El problema que hemos observado, es que en las Sentencias estudiadas los Tribunales no explican qué significa o cómo se logra demostrar o acreditar la nulidad de forma ostensible y manifiesta, añadiendo la problemática que supone hacerlo en la pieza previa de petición de la concesión de la medida cautelar siendo éste, un momento procesal anterior a la aportación del Expediente Administrativo. Piénsese, que el requerimiento de demostrar por parte del recurrente que la nulidad es ostensible y manifiesta

convierte a esta causa de suspensión en inoperante en vía jurisdiccional (...) al resolver una pieza de suspensión en la que es procedente analizar extensamente el fondo del asunto y que incluso, en ocasiones, puede ser resuelta sin disponer del expediente administrativo por la pasividad de la Administración demandada, resulta imposible, o extremadamente difícil, que la nulidad se aprecie de forma clara y evidente²⁰.

²⁰ CASES PALLARÉS, L. "La adopción de las medidas cautelares motivada en la nulidad de pleno derecho del acto administrativo". *REDA*, núm.76, 1992, p. 674.

Para abordar esta cuestión podemos traer a colación el posicionamiento de la Jurisprudencia mediante Autos número 5730/1989 de la Sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de Julio de 1989, el Auto número 6082/1989 de la Sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de Julio de 1989 y por último el Auto número 3588/1990 de la Sección sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1990.

El Auto de 10 de julio de 1989 rechaza la suspensión, confirmando así el Auto apelado, por el que ya se desestimaba la solicitud de suspensión, ya que los daños que podía causar la ejecución del acto administrativo eran susceptibles de ser compensados vía indemnización. En el recurso de apelación se solicitaba el otorgamiento de la suspensión invocando la nulidad, pero fue rechazado en base al siguiente argumento:

(...) es claro que en una pieza incidental cuyo objeto es la adopción de una medida cautelar, la *cognitio* judicial está sumamente limitada lo que implica que sólo procederá la suspensión por aquella causa cuando de una manera ostensible y manifiesta aparezca dicha nulidad. No es este evidentemente el supuesto litigioso.

Nos gustaría resaltar que en el Auto citado no se explica por qué en el supuesto no aparece la nulidad de forma manifiesta y ostensible, estamos ante una clara falta de motivación. Por lo que parece confirmar lo que anteriormente mencionábamos, y es que el otorgamiento de la suspensión en virtud de la causa de nulidad del acto administrativo objeto de recurso, tenía poca aplicación práctica.

El Auto de 24 de julio de 1989, en la misma línea que el Auto anterior, en primer lugar da razones para rechazar la nulidad como causa de suspensión y en segundo lugar deniega la suspensión por los criterios del artículo 122. 2 de LJCA de 1956: “(...) para que la invocación de esa nulidad pueda desencadenar el efecto suspensivo de la ejecución es preciso que aquella nulidad se manifieste con ostensible claridad (...) No es este el supuesto litigioso.” De nuevo, volvemos a ver una falta de motivación por parte del Tribunal al afirmar que en el supuesto no se presenta la nulidad de forma ostensible y manifiesta, sin alegar por qué razones es así.

En estos dos Autos se observa cómo el Tribunal Supremo aceptaba la nulidad como causa para la concesión de la medida cautelar pese a ser una norma contenida en la

Ley del Procedimiento Administrativo. Por ello, a la hora de la verdad, probablemente por prudencia, se resistía a suspender en base a ella. Mediante la reiterada exigencia de la acreditación ostensible y manifiesta de la nulidad apenas ningún supuesto parecía cumplir este requisito “aunque pudiera parecer la manifestación de una interpretación expansiva del art.122 de la LJCA de 1956 el que la Sala 3ª. del Tribunal Supremo admitiera dicha posibilidad no expresamente prevista (...) lo cierto es que dicha interpretación distaba de ser expansiva” ²¹, por cuanto, en la práctica pese a admitirse como posibilidad, a la hora de la verdad no se aplicaba.

El Auto de 5 de abril de 1990 presenta una crítica velada a la nulidad como causa de suspensión, insinuando que Autos como los dos citados anteriormente aplicaban de forma errónea el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo. No obstante, acaba reproduciendo la repetida teoría sobre las causas de nulidad debían alegarse como ostensibles y manifiestas.

(...) una reiterada jurisprudencia admite que la nulidad de pleno derecho mencionada en el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo (...) como causa de suspensión pueda operar también en sede jurisdiccional (...) Autos de 10 y 24 de julio de 1989 (...) pero su virtualidad práctica en este terreno no puede ser mucha: en una pieza separada de suspensión, en la que se trata de adoptar una medida cautelar, no cabe hacer razonamientos sobre los temas de fondo y el de la nulidad de pleno derecho lo es. Sólo en aquellos casos en que tal nulidad apareciese como algo ostensible y evidente podría resultar justificada una suspensión basada en aquélla, lo que desde luego no es el supuesto litigioso. ²²

Esta argumentación nos parece de especial interés, porque de inicio el Tribunal parece sembrar la duda sobre si es o no pertinente aplicar la nulidad como causa de suspensión en sede Contencioso-Administrativo, habida cuenta de que se regula en la norma del Procedimiento Administrativo. A pesar de la crítica, el Tribunal Supremo acaba reproduciendo de nuevo los razonamientos planteados por los Autos anteriores, en tanto que la nulidad debe ser una causa aplicada con gran cautela para no prejuzgar, ésta debe presentarse ostensible y evidente. De nuevo, el supuesto litigioso, según el Tribunal no cumple con este requisito.

²¹ BACIGALUPO SAGGESE, M. *Op. cit.*, p.20 y ss.

²² Este mismo argumento ha sido sostenido reiteradamente por el Tribunal Supremo, ejemplo de ello es el Auto número 192/1991 de la Sección primera de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1991, Auto número 2436/1995 de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1995.

Todos los Autos objeto de estudio, una vez rechazada la nulidad por entender que no se acreditaba de forma ostensible y manifiesta, añadían las razones del artículo 122.2 de la LJCA de 1956 para denegar la medida cautelar. Esto nos lleva a concluir que la Jurisprudencia no acababa de aceptar, en realidad, la nulidad de pleno derecho como causa de suspensión de la ejecución, ya que en ningún caso ofrece criterios para evaluar cuando la nulidad se plantea suficientemente ostensible o manifiesta, nunca la acreditación alegada por la parte recurrente era bastante para nuestros Tribunales. Entendemos que esto sucedía así debido a que evaluar la evidencia de la presunta nulidad del acto objeto de recurso sería entrar a juzgar el fondo del asunto. Por lo que los requisitos de “ostensible y manifiesta” parecen ser el medio que tenía nuestra Jurisprudencia para no abordar la problemática suscitada por la posibilidad de solicitar la suspensión del acto administrativo contenida en la Ley del Procedimiento Administrativo y la inexistencia de esta previsión en Sede Jurisdiccional. De ahí que reforzaran su denegación mediante el análisis de los requisitos legales del artículo 122.2 de la Ley de la Jurisdicción.

De lo anterior podemos concluir que el otorgamiento de la medida cautelar por nulidad de pleno derecho del acto administrativo resultaba más excepcional que los anteriores criterios estudiados

1.4 La firme jurisprudencia ante los actos de contenido negativo.

Situados a mitad de camino en este repaso de los antecedentes jurisprudenciales sobre el otorgamiento de medidas cautelares entendemos pertinente recordar su finalidad, en especial la de la suspensión de la ejecución. Para ello aprovechamos el Auto 2436/1995 de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1995: “(...) el carácter cautelar de la suspensión tiene la finalidad de preservar el resultado del proceso de manera que una ejecución anticipada no frustre las consecuencias inherentes a la tutela judicial efectiva”.

Esta definición es muy interesante para entender qué ocurre cuando la solicitud de la suspensión recae sobre un acto administrativo de carácter negativo –expreso o presunto-, es decir, cuando la Administración deniega una petición o un derecho al administrado. La problemática es que, en este sistema en el que solo se prevé la suspensión como medida cautelar, sin considerar la posibilidad de que el juez cautelarmente pudiera suplantar la decisión negativa de la Administración, por tanto, la mera suspensión de un acto que deniega la concesión de un derecho no podía

implicar que se transformara en un acto de contenido favorable. La razón es que la suspensión evita que se lleve a cabo el acto administrativo y de esta forma se salvaguarda la situación inicial, bajo estos parámetros, si el acto administrativo es de contenido negativo, suspender su ejecución supondría volver a una situación inicial de petición, sin más.

El Auto número 278/1993 de la Sección séptima de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1994, es muy ilustrativo del posicionamiento mantenido por la jurisprudencia sobre este respecto, en este sentido, expone:

Si la finalidad que esta medida cautelar (*la suspensión*) persigue es mantener la situación existente al inicio del proceso (...) en este caso implicaba la denegación de la solicitud de indulto. (...) la situación a mantener con la suspensión será esa misma negativa (...) de no indulto que era la realidad existente al inicio del proceso. (...) Sólo anticipando los efectos de una hipotética sentencia favorable podría obtenerse un efecto en el fondo pretendido por el recurrente (...) el otorgamiento del indulto ²³.

Como puede observarse, el Tribunal Supremo es claro en su argumentación, suspender la ejecutividad de un acto administrativo de contenido negativo carece de sentido, por lo que se mantiene firme en su denegación.

2. El Sistema cautelar en sede comunitaria y el giro jurisprudencial español.

En este nuevo punto que iniciamos creemos pertinente retomar cuál es la importancia de las medidas cautelares. Para no empezar la casa por el tejado, empezaremos recordando qué es la tutela cautelar, ésta es:

²³ En el mismo sentido, pueden verse los Autos número 8737/1988 de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1988 y Auto número 678/1997 de la Sección séptima de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1998.

No obstante, como han señalado GONZÁLEZ PÉREZ y GARCÍA DE ENTERRÍA, entre otros, existe alguna jurisprudencia que puntualmente sostuvo lo contrario. Ejemplo de ello fue el Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 21 de marzo de 1991, que resultó muy aplaudido por nuestra doctrina.

En este sentido, Vid.: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Medidas cautelares positivas y disociación en el tiempo: el Auto de 21 de marzo de 1991, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco". *REDA*, núm. 71, 1992, y GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*. Madrid: Civitas, 2011.

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 reconozca²⁴.

Por tanto, la tutela cautelar es la herramienta para proteger el derecho subjetivo que está pendiente de recibir una resolución judicial, que mediante las medidas cautelares persigue garantizar la tutela judicial efectiva. Claramente las medidas cautelares son importantísimas, ya que hacen posible que el derecho fundamental a recibir una tutela judicial sea efectiva. ¿Cómo se satisface este derecho recogido en el artículo 24 de la CE? Pues bien, “la efectividad exige no sólo que se reconozca el derecho abstracto de acción, sino también el que la resolución judicial satisfaga la pretensión del recurrente”²⁵. Las medidas cautelares son el instrumento que nuestro sistema de Derecho tiene para asegurar que en el momento de dictar sentencia, ésta sea posible. Por lo que, las medidas son la garantía de que la tutela judicial sea verdaderamente efectiva.

Llegado este punto, vemos que la importancia de las medidas cautelares nos conduce ante un derecho constitucional básico de nuestro Estado de Derecho, que debe ser posible en todas las jurisdicciones. Sin embargo, tal y como hemos visto en el epígrafe anterior, esta cuestión en sede Contencioso-Administrativo genera un conflicto entre el derecho a recibir una tutela judicial efectiva y la exigencia del interés general a que los actos administrativos sean ejecutivos. La ejecutividad de los actos administrativos no es un privilegio arbitrario de la Administración, sino que se fundamenta en la misma Constitución, ya que la Administración debe servir al interés general con eficacia tal y como dice en su artículo 103.

TORNOS MAS J. plantea una problemática a la que queremos dedicar el próximo apartado “Al resolver sobre la suspensión o no del acto, el Tribunal sitúa en los dos platos de la balanza un derecho fundamental y un bien constitucionalmente reconocido, la eficacia administrativa. ¿En qué medida puede limitar lo segundo el contenido de un derecho fundamental?”. A lo que él mismo responde: “la ponderación de bienes debería tener en cuenta en todo caso el valor constitucional

²⁴ CHINCHILLA MARÍN, C. “Las medidas cautelares en el proceso Contencioso Administrativo en España”. En: DAMSKY, I.A.; LÓPEZ OLVERA, M.A.; Y PÉREZ CRUZ, X.R. G. (Coords.). *Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Iberoamérica, México*. México: Asociación de Magistrados de Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos A. C., 2009, p. 130 [on line] <http://www.tribunalcontenciosoax.gob.mx/libros/descargas/medidascautelarias/4.pdf>

²⁵ TORNOS MAS J. *Op. cit.*, p. 119.

de *derecho* a una tutela judicial efectiva y el *bien constitucional* eficacia administrativa”.

Sin embargo, la cuestión que acabamos de plantear esconde otro problema, que en el primer apartado hemos podido observar, éste es un elevado margen de maniobra por parte de los Tribunales a la hora de decidir sobre el otorgamiento o denegación de las medidas cautelares. Decimos que es un problema en cuanto que resuelve la colisión entre tutela judicial efectiva e interés público sin la unidad de criterio que requiere una ponderación de tal relevancia. TORNOS MAS J. sobre este tema apunta: “Lo criticable es que un mismo parámetro normativo haya permitido respuestas dispares ante casos idénticos”. Dada la naturaleza de esta materia, se entiende que es imposible que un texto legal recoja todos los supuestos y la respuesta justa a cada uno de ellos, ya que es de condición casuística.

Pero dada la relevancia que alcanza esta cuestión, es pertinente recurrir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a modo de ejemplo inicial, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 66/1984 de 6 junio, que expresa lo siguiente:

La rigurosidad de la regla de la no suspensión arbitrando para las hipótesis estimatorias del recurso difíciles fórmulas reintegrativas o permitiendo situaciones irreversibles, o generando de una u otra forma limitaciones carentes de justificación respecto al acceso a la jurisdicción, podrán dañar el derecho a la tutela judicial y justificarán que, desde la idea del artículo 24.1 de la Constitución, se reinterpreten los preceptos aplicables - entre ellos el artículo 122.2 de la LJCA-. Sin embargo, no se podrá, acudiendo a la mención de aquel precepto constitucional, entenderse desaparecida la ejecutividad o, poniendo más el acento en uno de aquellos intereses que en otro, relegar o desprestigiar otros, tanto generales como de terceros. 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.

Por tanto, podemos entender que el derecho a la tutela se satisface, 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. Por otro lado, podemos pensar que el Tribunal Constitucional no es amigo de interpretar de forma restrictiva el artículo 122.2 - tal y como hemos visto anteriormente en los Autos analizados- pero si bien es cierto, que acepta que los Tribunales ponderen en la misma balanza la tutela judicial efectiva y la exigencia del interés general de ejecutar el acto administrativo.

2.1 Sistema cautelar comunitario.

Para poder entender el giro jurisprudencial de nuestros Tribunales y cómo la cuestión cautelar adquiere oficialmente una relevancia constitucional²⁶, debemos comprender el camino recorrido. El origen lo encontramos en los principios generales de Derecho de los Estados Miembros de la Unión Europea, estos principios y fundamentos llegaron al Derecho Comunitario y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y finalmente desembocaron en nuestro sistema. Pese al interés de realizar un estudio previo sobre derecho comparado, dada la complejidad de la materia no lo trataremos en este trabajo, por ello, y pese a que desborda ampliamente el objeto de nuestro estudio, empezaremos por el derecho comunitario.

Sin ánimo de entrar a explicar la relación entre nuestro ordenamiento y el Derecho comunitario, cierto es que además de la primacía de la que goza, “el Derecho europeo regula relaciones propias de nuestra disciplina y puede decirse que en algunas materias (...) una parte muy sustancial de la legislación aplicable se contiene en o deriva de normas de Derecho comunitario”²⁷. Bien sabemos que muchas de las normas y principios generales del Derecho comunitario tienen su origen en los mismos ordenamientos de los Estados Miembros de la Unión Europea.

En el Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas de 1957 –Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957²⁸- ya se quiso regular la materia cautelar, los artículos allí previstos –artículos 185 y 186-, han mantenido intacto su tenor literal hasta el día de hoy²⁹. La redacción es la siguiente:

²⁶ En este sentido, vid.: GARCÍA DE DE ENTERRIA, E. E. *La batalla... Op.cit.* p. 273 y ss.

²⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo. Parte General.* Madrid: Tecnos, 2009, p. 151.

²⁸ Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, en todas sus versiones y denominaciones, que esencialmente han sido las llevadas a cabo a través del Acta Única Europea de 1986; del Tratado de la Unión Europea de 1992 (Tratado de Maastricht) – a partir del cual el Tratado que nos ocupa pasó a denominarse Tratado de la Comunidad Europea (TCE)-; del Tratado de Ámsterdam de 1997; del Tratado de Niza de 2001, y finalmente, del Tratado de Lisboa de 2007, que entró en vigor en 2009, momento a partir del cual el Tratado Constitutivo pasó a denominarse, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) Disponibles [on line] <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm#founding>

²⁹ La numeración de los artículos que nos ocupan en la evolución según las modificaciones operadas ha sido la siguiente:

Texto normativo	Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas, 25 marzo 1957	Tratado de Ámsterdam, 10 de noviembre de 1997	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 30 marzo 2010
Artículos	185 y 186	242 y 243	278 y 279

Los recursos interpuestos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tendrán efecto suspensivo. Sin embargo, el Tribunal podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado.

El artículo 185 del TCEE– actual artículo 278 del TFUE- no fija los requisitos ni los casos en los que podrá otorgarse la medida cautelar, sino que establece que el Tribunal suspenderá el carácter ejecutivo del acto impugnado cuando así lo exija el caso. Sin embargo, debemos ser conscientes que se prevé la suspensión como una excepción a la norma general de no suspender la ejecutividad del acto recurrido. No obstante, esta norma permite garantizar una tutela judicial efectiva en muchos más supuestos que el legislador español hasta el momento estudiado, ya que no exige demostrar que se generan daños de difícil o imposible reparación. Tenemos que tener en cuenta, que “la tutela cautelar (...) procura evitar que se consoliden los efectos de una infracción del Derecho comunitario por el transcurso del tiempo que insume la sustanciación del proceso principal.”³⁰ Por tanto, nótese que lo que se quiere es evitar la frustración de un posible fallo estimatorio del recurso, por ello, cuando se den circunstancias que puedan convertir la sentencia favorable en imposible y el Tribunal así lo considere, se podrá suspender el impugnado. En relación con lo dicho hasta ahora, queda claro “que se afirme que el objetivo de este procedimiento es el de regular con carácter provisional la situación litigiosa, garantizándose los derechos y los intereses de las partes durante el proceso”³¹, siempre y cuando no prejuzguemos el fondo del asunto. La tutela cautelar en el ámbito comunitario engloba dos vertientes, la primera busca salvaguardar la obediencia a las normas comunitarias –ya que cuando se impugna frente al TJCE es en virtud del derecho comunitario- y la segunda pretende satisfacer la tutela judicial efectiva, para así garantizar la efectividad de la sentencia que ponga fin al litigio principal.

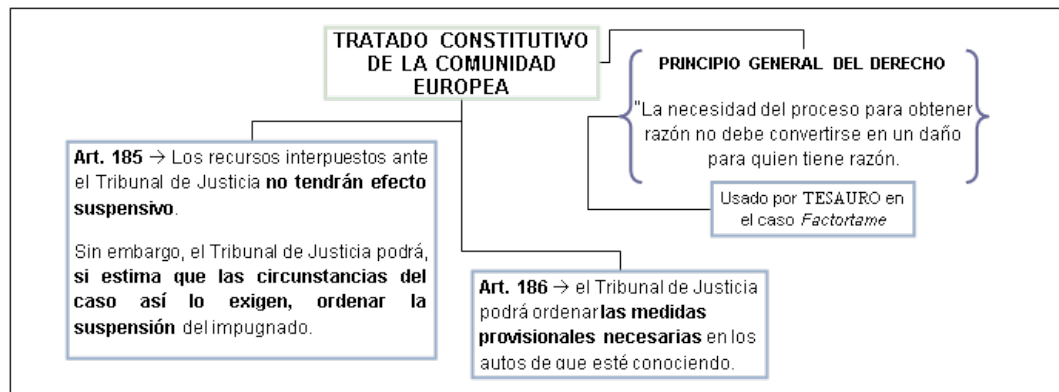
No obstante, el Tratado, en su siguiente artículo, va mucho más allá al establecer que el Tribunal puede acordar las medidas cautelares que considere, por lo que puede ser que la suspensión sea la medida adoptada con más habitualidad pero no la única posible³².

³⁰ BACIGALUPO SAGGESE, M. *Op.cit.*, p. 60.

³¹ VANDERSANDEN, G.; BARAV, A. *Le contentieux communautaire*. Bruselas: Bruylant, 1977, p.427. Citado por BACIGALUPO SAGGESE, M. En: *Op.cit.*, p. 60 [nota al pie núm112].

³² Considerando el derecho comparado, es ilustrativo tener en cuenta, por ejemplo la Sentencia de la *Corte Costituzionale* –Tribunal Constitucional Italiano- número 190, de 26 de junio de 1985, que entendía inconstitucional limitar las medidas cautelares en sede contencioso-administrativa a la

FIGURA 1. Medidas Cautelares TCCE



Fuente: Elaboración propia

En ámbito comunitario –desde 1957- se prevé que el Tribunal puede otorgar la suspensión cuando considere que así lo exigen las circunstancias y además podrá conceder medidas cautelares de diversa naturaleza en función de la pretensión que se ejercite.

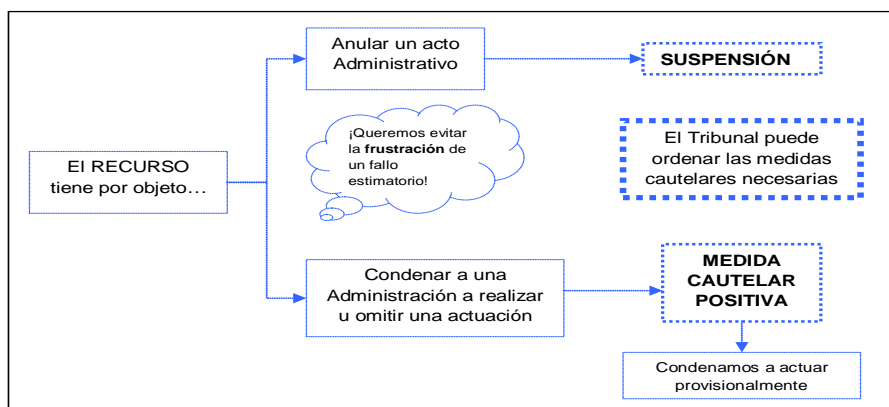
Nótese que en definitiva, lo primordial es conseguir que el fallo estimatorio no quede frustrado por la necesidad del proceso, por lo que el medio para conseguirlo –la medida cautelar- es puramente instrumental con relación al proceso principal. Consecuentemente, se otorgará la medida cautelar que sea necesaria al objeto del recurso, ya sea negativa –suspensión- o positiva –el Tribunal impone a la institución demandada una actuación u omisión- de forma provisional, hasta que se resuelva sobre el fondo del asunto. Por tanto, en lo comunitario rige “el principio general de admisibilidad de cualquier clase de medida cautelar que sea adecuada a la situación de cuya tutela se trata”³³.

suspensión, ya que considera que el Juez de lo contencioso tiene la facultad de conceder las mismas medidas cauterlares que el Juez civil en virtud del código procesal civil italiano.

Del mismo modo, en Alemania están previstas las ordenes provisionales, como medidas cautelares positivas para ciertos supuestos, como por ejemplo cuando se quiere condenar a la administración a que actue.

³³ BACIGALUPO SAGGESE, M. *Op.cit.*, p. 62.

FIGURA 2. Esquema cautelar en el ámbito comunitario



Fuente: Elaboración propia

La última cuestión que queremos mostrar son los requisitos considerados por los Tribunales comunitarios para el otorgamiento de la medida cautelar. Éstos se regulan en los Reglamentos de Procedimiento del TJCE y TPI, estableciendo principalmente que: “las solicitudes o demandas de medidas cautelares deberán especificar, además del objeto del litigio, las circunstancias que den lugar a la urgencia, así como los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho que justifiquen a primera vista la concesión de la medida cautelar solicitada”³⁴. La jurisprudencia del TJCE establece que la urgencia se aprecia “en relación con la necesidad que exista de pronunciarse provisionalmente a fin de evitar que se ocasione a la parte que solicita la medida provisional un perjuicio grave e irreparable”³⁵, esto es el *periculum in mora*. El TJCE define el segundo criterio como la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, esto es que la concesión de la medida cautelar depende del resultado “de un examen anticipado, provisional y sumario, de las perspectivas de éxito del recurso principal”³⁶.

Además de estos dos requisitos de fondo para otorgar la medida cautelar “según el TJCE, el juez cautelar comunitario realiza también la ponderación de los intereses en conflicto”³⁷.

³⁴ BACIGALUPO SAGGESE, M. *Op.cit.*, p. 65.

³⁵ Vid.: Auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de julio de 1986, España vs. Consejo y Comisión, - asunto C-119/86-.

³⁶ BACIGALUPO SAGGESE, M. *Op.cit.*, p. 66.

³⁷ Vid.: Auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 1996, Reino Unido vs. Comisión – asunto C-180/95-citado por BACIGALUPO, M. *Op.cit.*, p. 70.

Como hemos visto, en el marco comunitario -al igual que gran parte de los Estados miembros- a la hora de conceder las medidas cautelares los Tribunales gozan de un margen de maniobra mucho más amplio que el de nuestros Tribunales hasta el momento estudiado.

2.2 Caso *Factortame*.

En el presente apartado queremos mostrar una de las sentencias del TJCE más relevantes, sobre todo para nosotros, en materia de medidas cautelares, como ha señalado GARCÍA DE ENTERRÍA al afirmar que “*Factortame* ha pasado a ser uno de los grandes casos del Derecho comunitario, con tres sentencias sucesivas del Tribunal de Justicia (...), además de un Auto, todos sumamente relevantes”³⁸. Nótese, que esta sentencia dio pie al giro jurisdiccional de nuestro Tribunal Supremo, siendo citado en el Auto de 20 de diciembre de 1990 –que analizaremos en el siguiente apartado- como el “*leading case*, llamado a ejercer sobre nuestro contencioso una transcendencia de primer orden”³⁹. Por lo que a nosotros nos interesa, únicamente entraremos a estudiar los requisitos que el Tribunal entiende necesarios para otorgar la suspensión. Por tanto, en las líneas que vienen a continuación, queremos abordar la solución dada por el TJCE en relación a los criterios de fondo para adoptar las medidas cautelares:

mediante resolución de 18 de mayo de 1989, recibida en el Tribunal de Justicia el 10 de julio del mismo año, la House of Lords planteó (...) dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del Derecho comunitario, relativas al alcance de la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales para ordenar medidas provisionales cuando se cuestionan derechos ejercitados al amparo del Derecho comunitario⁴⁰.

El Reino Unido quería evitar el *hopping*⁴¹ para impedir que buques no británicos navegaran en aguas británicas, para ello creó un nuevo Registro y se establecieron unos criterios para inscribirse que parecían, si bien a primera vista, contrarios al Derecho comunitario. Dados los nuevos requisitos exigidos, un gran número de

³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “El fin del caso *Factortame*, la responsabilidad patrimonial final del Reino Unido”. *RAP*, núm. 145, 1998.

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La batalla... Op.cit.*, p.170.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno) de 19 junio 1990 - *The Queen contra Secretary of State for Transport ex party Factortame*, C-213/89 -.

⁴¹ No hay una definición establecida sobre el término “*hopping*”, sin embargo, podemos decir que ésta se refiere a la estrategia pesquera por la que los buques de un estado se instalan en otro para poder pescar en sus mares.

buques iban a verse privados del derecho a pescar en aguas británicas. Por ello, los propietarios de los buques afectados interpusieron un recurso impugnando la Ley británica al amparo del Derecho comunitario, solicitando la suspensión, como medida cautelar, del cuerpo normativo que creaba el Registro.

La primera parte del largo proceso se planteó alrededor del tema de si procedía o no que los Tribunales ingleses dictasen inmediatas medidas cautelares (*interim relief*), suspendiendo la aplicación de la Ley y su Reglamento en cuanto manifiestamente contrarios al Derecho comunitario, en tanto se ventilaba el fondo. Se invocó entonces por los recurrentes que si no se producía esa suspensión los daños serían en verdad irreparables, dado que los perjuicios causados a las Compañías reclamantes no podrían ser indemnizados conforme al régimen común de responsabilidad civil del Estado vigente en el Reino Unido (...). Igualmente se invocó el carácter manifiesto de la violación del Derecho comunitario y la necesidad de hacer efectivo el principio de la primacía de éste⁴².

De un lado, es importante destacar que la suspensión es la medida cautelar más apropiada para este supuesto, ya que es la vía que permite en el caso de obtener una sentencia favorable que ésta no devenga imposible. En cuanto a que, suspendiendo la Ley y Reglamento del nuevo Registro y sus condiciones de inscripción, los buques pueden seguir pescando legalmente en aguas británicas, dado que los daños sufridos durante el tiempo que dura el proceso serían entonces irreparables para los propietarios de los buques. Por otro lado, debemos reiterar que las medidas cautelares tienen por finalidad evitar la frustración de un posible fallo estimatorio, protegen un estadio futuro pero partiendo de la situación presente, es decir, los perjuicios sufridos por el recurrente son coetáneos a la ejecución del acto o disposición de la Administración, es decir, los daños generados se dan desde el momento inicial. Por ello, el Tribunal Europeo exige la urgencia en la concesión de las medidas cautelares.

Fue ésta, por cierto, la primera vez en que el Tribunal de Justicia acordó la suspensión de una Ley nacional como medida cautelar (...). La motivación (...) requiere dos cosas para otorgar la medida provisional: justificar la urgencia, así como 'fundamentos de derecho que justifiquen a primera vista la concesión de la medida provisional solicitada'. Ese 'a primera vista' es el famoso *fumus boni iuris*, que tanto parece haber irritado, por cierto, a los redactores del Proyecto español de Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1995 y aun a algunos de nuestros jueces⁴³.

⁴² GARCÍA DE ENTERRIA, E. "El fin del caso Factortame... *Op.cit.*, p.122.

⁴³ GARCÍA DE ENTERRIA, E. "El fin del caso Factortame... *Op.cit.*, p.125.

Sin ir más allá, vemos corroborado en este importante caso todo lo expuesto anteriormente con relación a que en el derecho comunitario los requisitos de fondo para el otorgamiento de la medida cautelar son la urgencia y el *fumus boni iuris*.

La Sentencia, pues, enalteciendo la eficacia del principio de primacía, viene a hacer obligado para el juez nacional aplicar medidas cautelares contra sus propias Leyes nacionales cuando se cumplan los requisitos propios del régimen propio de esas medidas (urgencia y *fumus boni iuris*)⁴⁴.

No es objeto de nuestro estudio entrar en el fondo del asunto ni si quiera en la parte de competencia y primacía del Derecho comunitario –que ya hemos expuesto someramente en líneas anteriores-, sino que nos interesa resaltar es que los requisitos de fondo que el Tribunal de Justicia exige tener en cuenta y que obliga, en cierto grado, a los Jueces nacionales a considerar para otorgar la medida cautelar son la urgencia y la apariencia de buen derecho. Además de todo lo anterior, se ha de tener en cuenta el efecto directo de las Directivas Europeas.

2.3 Giro jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Teniendo en cuenta la influencia de los diferentes ordenamientos de los países que nos rodean y la autoridad de las normas y principios del Derecho comunitario así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, podemos ya adentrarnos en el cambio jurisprudencial que da el Tribunal Supremo. Este giro lo hace en base expresa a los argumentos y criterios que se exponen en el caso *Factortame*. Como ya hemos anunciado, el caso que estrena en nuestra jurisprudencia esta nueva manera de juzgar la procedencia de las medidas cautelares es el Auto de la Sección quinta de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990 seguido por el Auto de la Sección sexta de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1991.

En resumidas cuentas, los recurrentes impugnan un acto que ordena el cese de una actividad ganadera y solicitan la suspensión del mismo. Se impugna un acto del Ayuntamiento, debido a que se dicta en base a una Sentencia del Tribunal Superior de Aragón del que no figura su firmeza. Además el ayuntamiento dicto una resolución que afirmaba sin dar argumentos que los recurrentes habían incumplido los requisitos de la licencia concedida, haciendo referencia a un acuerdo municipal que ordenaba la apertura de un expediente por un error técnico, que se estudiase la

⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRIA, E. "El fin del caso *Factortame*... *Op.cit.*, p.126.

posibilidad de legalizar las naves así como la renovación de la licencia de la actividad “en base al incumplimiento de las condiciones de la licencia y el desalojo del ganado de las naves”.

Sin entrar en el supuesto de hecho, del primer fundamento de derecho de este Auto, nos llama la atención la gran crítica que hace el Tribunal Supremo a toda aquella jurisprudencia que no motiva –como bien hemos visto en más de un Auto- el rechazo a la solicitud de la medida cautelar. Es más, dice expresamente que no basta reproducir la teoría general, sino que debe justificarse explícitamente en qué extremos el supuesto concreto deja de cumplir lo exigido por la Ley. Incluso, en un cierto momento dice que una de las garantías de la tutela judicial efectiva es la motivación, que en la mayoría de los casos brillaba por su ausencia. El auto se expresa en los siguientes términos:

El auto impugnado impide conocer las verdaderas razones de la denegación de la suspensión solicitada ya que no es más que un impreso en el que se recogen (...) la doctrina general de la eficacia de los actos administrativos y la presunción de legitimidad de los mismos (...) No es la primera vez que este Tribunal Supremo tiene que enfrentarse con actuaciones judiciales de este tipo. (...) No basta, pues, con reproducir la teoría general sobre la eficacia y eventual suspensión de los actos administrativos para luego afirmar o negar, sin más, que el supuesto de hecho que se discute no cumple los requisitos exigidos para dar la suspensión. Es necesario razonar suficientemente porque el caso planteado en vía incidental encaja o no en aquella doctrina general. Lo contrario implica una actuación arbitraria, y la arbitrariedad está prohibida a los poderes públicos (...), por tanto, también a los Tribunales de justicia.

Sobre este respecto, es interesante traer a colación a modo de ejemplo el artículo de TORNOS MAS, J.⁴⁵, pese a ser publicado un año antes al del auto citado, en este artículo se hace referencia a determinados autos que dan soluciones dispares a supuestos idénticos⁴⁶, ya que además de la falta de un criterio uniforme por parte de la jurisprudencia en esta materia, ciertamente, uno de los grandes críticas es la falta de motivación, tal y como dice el Auto de 20 de diciembre de 1990, ya que nos conduce a juzgar arbitrariamente.

Por ello el Tribunal Supremo mediante dicho Auto quiere ofrecernos nuevos criterios de fondo para decidir esta cuestión, que como veremos, nos resultaran familiares.

⁴⁵ Vid.: TORNOS MAS, J. *Op. cit.*

⁴⁶ En este sentido, ver los Autos de la Sala cuarta del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1988, Auto de 29 de marzo de 1988, Auto de 30 de marzo de 1988, Auto de 4 de abril de 1988, Auto de 6 de abril de 1988, Auto de 8 y 9 de abril de 1988.

Concretamente, en el segundo fundamento de Derecho, el Tribunal, en virtud del supuesto de hecho, dice lo siguiente:

Es claro entonces que el propio Ayuntamiento está reconociendo que prima facie la situación jurídica de los apelantes no es de franca y radical ilegalidad, que incluso parece que una actuación administrativa previa la ampara, que puede haber posibilidad de legalizarla, etc. Por supuesto -y esto debe dejarse perfectamente claro- que haya una apariencia de buen derecho no supone prejuzgar el fondo, porque puede ocurrir que el estudio de fondo destruya esa apariencia en cuyo caso la sentencia que se dice deberá desestimar las pretensiones de los que aquí aparecen como apelantes.

Se ha de llamar la atención, que aparece el criterio de la apariencia de buen derecho, como criterio para el otorgamiento de la medida cautelar, lo destacable es que solo con el anuncio del criterio, el Tribunal Supremo ya advierte que la apariencia de buen derecho no supone prejuzgar fondo del asunto, ya que es precisamente el estudio del fondo del caso, lo que puede destruir la apariencia. A lo anterior el Tribunal Supremo añade:

En todo caso y teniendo en cuenta que la ejecución del acto conlleva perjuicios graves para los recurrentes que viven de la explotación de esas naves para cuadras de ganado, y que no consta qué tipo de perjuicios ni para el interés público ni para terceros pueden seguirse de la no ejecución la suspensión debería haberse acordado simplemente con aplicar literalmente el art. 122 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa”

Podría parecer curioso que el Tribunal Supremo motive el Auto, también, en virtud del artículo 122 y de la ponderación de intereses a lo que alude la propia la Exposición de Motivos de la LJCA, pero como veremos, este giro jurisprudencial lo que pretende es extender la aplicación de estos preceptos para poder garantizar el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva mediante –en este caso- la apariencia de buen derecho. En relación a ello, destacamos también del segundo fundamento de derecho, lo afirmado contundentemente:

Pero este Tribunal Supremo debe añadir que los estrechos límites del artículo 122 de la Ley reguladora de esta jurisdicción tiene hoy que entenderse ampliado por el expreso reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva en la propia Constitución (art. 24), derecho que implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar.

Es admirable que el Tribunal Supremo reconozca lo limitado que queda el artículo 122 LJCA de 1956 a la luz del derecho fundamental a recibir la tutela judicial

efectiva, reclamando que la tutela judicial puede no ser efectiva sin las medidas cautelares. Siguiendo con lo dicho, el Tribunal añade:

Y es necesario recordar también que esta fuerza expansiva del citado artículo 24 de la Constitución y su eficacia rompedora de toda irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos como el de la presunción de validez de los actos de la Administración, viene impuesta hoy por ese principio general del derecho comunitario a que aluden las Conclusiones del Abogado general en la sentencia *Factortame* del Tribunal de justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990 TJCE 1991\12), principio que implícitamente hace suyo el propio Tribunal, y que se resume en que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón.

En este último párrafo citado, además de confirmar que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva exige interpretar y aplicar de forma más amplia el artículo 122, nos muestra la influencia del Derecho comunitario a través del importante caso *Factortame*. De esta forma, mediante el Auto de referencia, el principio europeo de que la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón, se convierte expresamente en uno de nuestros principios generales de Derecho. En esta afirmación, vemos que se reconoce que el que recurre y solicita la medida cautelar tiene apariencia de buen derecho –no como principio general de que quien recurre se asume que tiene razón, sino que en virtud de los hechos se pueda presumir la existencia de buen derecho- sin embargo, es durante el proceso donde se establecerá quién tiene la razón. Por ello, es siempre necesario que el recurrente evidencie –aunque sea de forma superficial- esta apariencia de buen derecho. BACIGALUPO dice que el *fumus boni iuris* “se ha de apreciar a partir de un examen anticipado (provisional y sumario) de las perspectivas de éxito de la pretensión de fondo de quien solicita la tutela cautelar”⁴⁷. Una de las ventajas que presenta tener que valorar también la apariencia de buen derecho, es que exige, en principio, un examen más riguroso del caso concreto, evitando, así, la falta de motivación que tan común era en esta cuestión. En este mismo sentido, el Tribunal añade:

Este principio general de derecho que (...) obliga a impedir los abusos que pueden seguirse del llamado privilegio de autoejecución (...) y esto subraya la necesidad de examinar cada caso y fallar en razón a la concreta individualidad de cada uno- lo que se advierte prima facie, sin que ello suponga prejuzgar el fondo del pleito principal, es una apariencia -apariencia, insistimos- de buen derecho. Esa apariencia, aun siendo sólo eso, basta en un proceso cautelar para otorgar la protección provisional solicitada.

⁴⁷ BACIGALUPO SAGGESE, M. *Op.cit.*, p. 33.

Cambiando de tercio, este Auto propone, una interpretación extensiva del artículo 122, en cuanto a que la suspensión no puede ser la única medida cautelar posible, ya que nuestro ordenamiento jurídico consta de un sistema cautelar mucho más rico. Recordemos que las medidas cautelares son una herramienta para salvaguardar una situación que está pendiente de resolución judicial, por ello su naturaleza es diversa en función de lo que se quiere garantizar o de la pretensión de fondo. Si bien en ámbito comunitario ya se venían admitiendo las medidas cautelares positivas, ahora ya deben admitirse también en nuestro sistema. La razón que ofrece el Tribunal, no reside tanto en la utilidad de las medidas cautelares, sino en la coherencia del conjunto del ordenamiento jurídico. Para ello, se hace alusión a la LEC⁴⁸, que recordemos que es de aplicación supletoria. En este sentido, así se pronuncia el Tribunal:

Y, por último, el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...), admite la adopción de aquellas medidas cautelares 'que fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere' (...) el ordenamiento jurídico es, o al menos debe ser, en conjunto coherente, esto es inteligible; que en este caso la coherencia existe entre la vía revisora judicial y la vía previa administrativa no parece que pueda discutirse. (...) Todos estos preceptos a través de ese mecanismo articulador que es el principio de tutela judicial efectiva, fácilmente se desemboca en la consecuencia de que, contra lo que una estrecha interpretación de aquel artículo 122 de la Ley jurisdiccional parece postular, nuestro derecho nacional –al margen incluso de su inesquivable inserción en el sistema comunitario- alberga ya en su seno ese derecho a la tutela cautelar que (...) significa el deber que tienen tanto la Administración como los tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminar (resolución administrativa o, en su caso, judicial).

En conclusión, este Auto ofrece una nueva matriz teórica en la cuestión de las medidas cautelares en lo Contencioso – Administrativo, este giro parte de la tutela judicial efectiva y da espacio al principio general de que “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien tiene razón”, de forma que la apariencia de buen derecho es un criterio más a considerar por parte del Juzgador para otorgar las medidas cautelares. Por otro lado, obliga al Juzgador a interpretar todo nuestro ordenamiento de forma conjunta, dando lugar a la posibilidad de aplicar la medida cautelar que sea necesaria al caso concreto.

El camino iniciado con el Auto de 20 de diciembre de 1990 que plantea un giro interpretativo de la norma cautelar en lo contencioso-administrativo, queda

⁴⁸ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicada en el *BOE* núm. 7 de 8 de enero de 2000.

consolidado con el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª de 17 de enero de 1991 del Tribunal Supremo. Del mismo modo, BACIGALUPO ha expresado que “el Auto de 17 de enero de 1991 es aquel que viene a consolidar la nueva doctrina jurisprudencial sobre medidas cautelares iniciada espectacularmente por el Auto de 20 de diciembre de 1990”⁴⁹. Por ello, las próximas líneas estarán destinadas al estudio de este Auto.

Este Auto empieza su redacción exponiendo en su primer fundamento de derecho que conforme al principio de interpretación de todo ordenamiento jurídico debe aceptarse la “interpretación evolutiva”, por lo que en el presente Auto se admite “la posibilidad de suspender la ejecución del acto impugnado en razón de la apariencia de buen derecho” apuntado por el Auto de 20 de diciembre de 1990. Así se expresa el Tribunal:

El principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico (...) puede dar lugar a una interpretación evolutiva (...) que añade al supuesto de hecho previsto por la norma otras situaciones distintas, no contempladas, a las que sin embargo se va a aplicar la consecuencia jurídica señalada en aquélla. En esta línea ha de citarse, muy destacadamente el Auto de esta Sala de 20 de diciembre de 1990 que, en lo que ahora importa, declara la posibilidad de suspender la ejecución del acto impugnado en razón de la ‘apariencia de buen derecho’ de la pretensión articulada.

En consecuencia a lo expuesto, la Sala dedica su segundo fundamento de derecho a reproducir de nuevo el principio general de que “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien tiene razón” en virtud del “principio constitucional de efectividad de la tutela judicial” del artículo 24 de la CE. Así las cosas, se entiende que la apariencia de buen derecho es una protección jurídica en el marco de las medidas cautelares, que es invocada en muchos supuestos de ámbito privado debe ahora también invocarse en el del público. Por lo que el Tribunal Supremo en el tercer fundamento de derecho resuelve el otorgamiento de la suspensión en base exclusiva al *fumus boni iuris*, que así declara:

Ha de apreciarse, pues, en el supuesto que se examina una ‘apariencia de buen derecho’ bastante para provocar la suspensión instada (...) Dicho todo ello sin prejuzgar la decisión que sobre el fondo ha de pronunciarse en su día a la vista de todas las pruebas practicadas. En definitiva, resulta claro que el ‘fumus boni iuris’ que emana de la pretensión del en su día recurrente y ahora parte apelada, es bastante para entender que

⁴⁹ BACIGALUPO SAGGESE, M. *Op.cit.*, p. 35.

el concreto acto aquí impugnado no merece la ejecutividad que en general caracteriza al acto administrativo.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA concluye afirmando que la tutela cautelar se ha de dispensar “exclusivamente sobre la pauta del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, para evitar que quien pueda invocar esta apariencia, y, por tanto, presentando una fuerte presunción de tener razón, resulte perjudicado por la larga espera de la Sentencia final”⁵⁰.

Podemos concluir el presente apartado resumiendo la nueva posición jurisprudencial en cuatro puntos: (i) la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental, que debe garantizarse siempre y en todo caso, (ii) asumimos expresamente que el *fumus boni iuris* es un criterio válido para acordar las medidas cautelares, (iii) el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se garantiza mediante las medidas cautelares y es por ello que (iv) el Juzgador debe otorgar la medida cautelar necesaria para salvaguardar la verdadera tutela judicial efectiva.

2.4 Soporte del Tribunal Constitucional a la nueva doctrina del Tribunal Supremo.

En los primeros apartados, al estudiar las razones que ofrecía la jurisprudencia para rechazar el otorgamiento de las medidas cautelares, podíamos encontrar autos del Tribunal Supremo que siendo posteriores al Auto 20 de diciembre de 1990 y 17 de enero de 1991, seguían líneas jurisprudenciales mucho más anticuadas y daban argumentos apartados a la nueva interpretación. Sin embargo, la Doctrina no ha dudado al establecer que estos dos autos –de 20 de diciembre de 1990 y 17 de enero de 1991- fueron los que iniciaron el cambio, pero pese a esta nueva matriz teórica, también hemos visto en cierto grado “un regreso (...) de una buena parte de la jurisprudencia hacia posiciones más restrictivas tradicionales sobre medidas cautelares”⁵¹. Por ello, nos interesa acudir a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la cuestión, no tanto su evolución en la materia, sino, más bien, en relación con la nueva interpretación realizada por el Tribunal Supremo⁵².

⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Batalla...* *Op.cit.*, p. 220.

⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Hacia una medida cautelar ordinaria de pago”. *RAP*, núm.142, 1997, p. 232.

⁵² Queremos advertir que no hemos realizado un estudio sistemático de todas las sentencias y otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación con las medidas cautelares en lo Contencioso-Administrativo. Usaremos los materiales indicados por Mariano BACIGALUPO en su obra de referencia.

La primera de las cuatro afirmaciones desprendidas de los pronunciamientos del Tribunal Supremo era la declaración de la existencia de un supremo derecho fundamental: la tutela judicial efectiva. Pero bien es cierto, que la Exposición de Motivos de la LJCA de 1956 invitaba a la ponderación entre los intereses del solicitante de la medida cautelar y los del interés general que exigen una actuación eficaz por parte de la Administración. Después de la Constitución el interés del particular que solicitaba la suspensión no era solamente evitar daños irreparables sino recibir una tutela judicial efectiva. Tal y como ya nos hemos referido, TORNOS MAS planteaba el problema sobre si un derecho fundamental de tal entidad como el de recibir una tutela judicial efectiva podía ser limitado por un bien constitucional, la actuación eficaz de la Administración. Pues bien, veamos qué conclusión nos ofrece el Tribunal Constitucional sobre esta cuestión en la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 238/1992 de 17 de diciembre:

La posibilidad legal de solicitar y obtener de los órganos jurisdiccionales la suspensión del acto administrativo impugnado se configura como un límite a la ejecutividad de las Resoluciones de la Administración. Debe tenerse en cuenta al respecto que esa ejecutividad, manifestación de autotutela administrativa (...) ha configurado a la Administración Pública como institución al servicio de los intereses generales, y cuya actuación ha de quedar informada, entre otros principios, por el de eficacia (art. 103.1 CE). Pero la acomodación a la Constitución de tal prerrogativa no permite desconocer que, en determinadas circunstancias, su ejercicio pudiera implicar, cuando el acto administrativo hubiera sido impugnado en vía jurisdiccional, una merma en la efectividad de la tutela judicial. La potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde así a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el art. 24.1 C.E.) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento.

Estas primeras líneas, del tercer fundamento de derecho de la Sentencia 238/1992, muestran la conciencia del Tribunal sobre necesidad de revestir y justificar la importancia tanto del derecho a recibir una tutela judicial efectiva como de la eficacia administrativa para servir a los intereses generales, así como las consecuencias legales que de ésta se derivan. Así mismo se encarga de recordar, implícitamente, el lugar que ambos derechos ocupan en la Constitución.

Este pronunciamiento reconoce la posibilidad de que la Administración en el ejercicio de sus potestades sobre todo en la ejecución del acto que se impugna en vía

jurisdiccional, el recurrente vea su derecho fundamental -a recibir una tutela judicial efectiva- desamparado. Por ello el Tribunal ofrece la siguiente solución:

La tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, 'efectiva', y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derechos cuya protección se demanda. Por ello, es preciso reiterar ahora lo que afirmamos en nuestra STC 14/1992 (...) 'la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso'. Para que ésta se considere satisfecha, es, pues, preciso que se facilite que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal, y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, pueda resolver sobre su eventual suspensión (...). Ello, desde luego, sin perjuicio del margen de discrecionalidad del legislador para modular o condicionar la concesión de esa suspensión y del margen de apreciación del juzgador para conceder o negar, ponderadas las circunstancias del caso, la suspensión pedida (STC 66/1984, fundamento jurídico 3.º).

Pues bien, una vez más, el camino indicado para otorgar la medida cautelar debe pasar por la ponderación de un Juzgador. El Tribunal Constitucional reconoce lo que ya había dicho en alguna ocasión el Tribunal Supremo, en cuanto a que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface cuando se somete a decisión judicial y, sobretodo, cuando el juzgador pondere con todas las circunstancias del caso con toda la información. De este modo, se obliga al juzgador a motivar el fallo teniendo en cuenta el contexto del supuesto concreto. De forma que la discrecionalidad no puede ser la arbitrariedad, a la que hacía referencia el Tribunal Supremo en el Auto de 20 de diciembre de 1990.

Esta Sentencia del Tribunal Constitucional con menor o mayor conciencia entra en cierta contradicción ya que en primer lugar dice que la efectividad de la tutela judicial reside en la "suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos jurisdiccionales", debemos tener en cuenta que en nuestro caso, la ley –en una interpretación estricta del artículo 122- sólo permite la suspensión como medida cautelar en lo contencioso-administrativo. Sin embargo, en segundo lugar indica que "la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren". Pero ¿qué sucede en aquellos casos en que la medida cautelar prevista por la ley (suspensión) no es suficiente para asegurar "el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga sobre el proceso"? El Tribunal Supremo en el Auto de 20 de diciembre de 1990 había solucionado ya esta cuestión, proponiendo una interpretación conjunta de todo el ordenamiento jurídico, es decir, acudiendo a la regulación del sistema civil y a la finalidad de las medidas cautelares, de modo que podemos entender el artículo 122 de la LJCA de forma más extensa de lo que expresa su tenor literal.

Entendemos que en esta Sentencia el Tribunal Constitucional no da una solución clara a esta cuestión, sin embargo, si lo hace en otros pronunciamientos posteriores.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/1993, siguiendo la misma línea de la Sentencia anterior afirma lo siguiente:

El privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 de la CE (...) y en términos generales y abstractos la ejecutividad de sus actos tampoco resulta incompatible con el art. 24.1 de la CE (...) de este mismo derecho fundamental deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares. (...) La efectividad que se predica de la tutela judicial respecto 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.

Este pronunciamiento se antoja más claro si cabe que el anterior, afirma que no son incompatibles los privilegios legales de la Administración y la tutela judicial efectiva, ya que es este mismo derecho fundamental que soluciona la colisión entre la ejecutividad de los actos y la efectividad de la tutela mediante las medidas cautelares. Dicho esto, el Tribunal explica el camino práctico en el que las medidas cautelares salvaguardan la tutela judicial efectiva en lo contencioso-administrativo.

Por ello, hemos declarado la inconstitucionalidad de las normas que impiden radicalmente suspender la ejecutividad de las decisiones de la Administración (...) el derecho a la tutela se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que sea menester, resuelva sobre la suspensión porque la rigurosidad de la regla de la no suspensión arbitrando para las hipótesis estimatorias del recurso difíciles fórmulas reintegrativas o permitiendo situaciones irreversibles (...) podrán dañar el derecho a la tutela judicial (...) del art. 24.1 de la CE.

Volvemos a ver la rigurosa necesidad de ponderar con toda la información, y por tanto motivar, ya que el Tribunal advierte que el precepto legal es demasiado estricto y por ello puede dañar el derecho fundamental.

Nos damos cuenta en todos estos pronunciamientos que se confirma que el Tribunal Constitucional da soporte al Tribunal Supremo en “la afirmación de un genuino derecho fundamental a la tutela judicial cautelar”⁵³. Llegado este momento, cabe hacer notar la falta de criterios para que el Juzgador sepa cómo ponderar, qué

⁵³ BACIGALUPO SAGGESE, M. *Op.cit.*, p. 49.

criterios usar para decidir qué medidas son más o menos adecuadas, ¿*fumus boni iuris* y *periculum in mora*? ¿daños irreparables?, etc.

Pues bien, esta Sentencia número 148/1993 en su fundamento quinto nos resuelve todas estas cuestiones además de dar soporte a lo que ya indicaba el Tribunal Supremo.

Aunque el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal, sí ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo (*periculum in mora*) y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (*fumus boni iuris*) y, de otro lado, valorar el perjuicio que para el interés general (en este caso asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales) acarrearía la adopción de la medida cautelar solicitada.

Queda ya despejada cualquier cuestión sobre si los requisitos de fondo que aplicaban tanto el TJCE como el Tribunal Supremo eran demasiado extensos en relación a lo que la LJCA de 1956 establecida. Dada la relevancia de lo que se juega a la hora de otorgar la medida cautelar el Tribunal Constitucional insta como criterios de fondo los siguientes: el peligro de generar daños y la urgencia de que estos se creen - *periculum in mora*- y la apariencia de derecho - *fumus boni iuris*- sin prejuzgar el fondo del asunto, todo ello sin dar por descontada la ponderación necesaria con los perjuicios que la medida cautelar pueda causar al interés general. De otro lado, otra de las cuatro grandes afirmaciones del Tribunal Supremo, que el Tribunal Constitucional en la anterior Sentencia no dejaba clara, es la posibilidad que tiene el Juzgador de otorgar la medida cautelar que considere necesaria y más adecuada, al supuesto concreto, para asegurar la tutela judicial efectiva. La Sentencia del Tribunal Constitucional 148/1993 de 29 de abril, en su sexto fundamento de derecho dice:

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.

Pues bien, el Tribunal Constitucional es considerablemente claro, dando total soporte a lo ya dicho y hecho por el Tribunal Supremo, de forma que ya no cabe

limitar las medidas cautelares a la suspensión en ningún ámbito jurisdiccional. Las medidas cautelares son instrumentales así que en todo caso deben garantizar la efectividad de la tutela judicial, así que lo importante ya no es la forma que tenga ésta, sino que sea adecuada para asegurar el derecho fundamental.

SEGUNDA PARTE

MEDIDAS CAUTELARES VIGENTES

EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

*Es mejor debatir una cuestión sin resolverla,
que resolver una cuestión sin debatirla.*

JOURBERT, J.

1. Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa: artículos 129, 130 y 136.

Este bloque que empezamos tiene por objeto el estudio de la vigente regulación de medidas cautelares en lo contencioso-administrativo, centrado en la Exposición de Motivos y en los artículos 129, 130 y 136 de la LJCA. En las próximas líneas veremos un gran cambio normativo en relación con la anterior regulación, además podremos apreciar la gran influencia de la normativa europea que recogida especialmente en el caso *Factortame* inspiró a nuestro Tribunal Supremo y Constitucional, y que, finalmente el legislador ha querido plasmar en la norma. También recordaremos la importancia de las medidas cautelares en cuanto a que protegen la efectividad de la tutela judicial y que llevan, finalmente, al legislador a facultar al órgano jurisdiccional a conceder cuantas medidas cautelares considere necesarias. Después de estudiar esta norma general, deberemos considerar que en la nueva regulación, el legislador establece dos sistemas cautelares con diferentes requisitos para su adopción. En concreto, estamos hablando por un lado del artículo 130 –junto con el 129.2- dedicado a las medidas cautelares para los recursos que impugnan un acto o disposición general, y de otro, del 136 que regula las medidas cautelares para recursos que tienen por objeto la inactividad o vía de hecho de la administración. Al primer supuesto lo llamaremos sistema general y al segundo sistema o régimen especial.

1.1 Exposición de Motivos de la LJCA.

De la Exposición de Motivos de la actual LJCA se desprende el ánimo del legislador de situar en el lugar que le corresponde a las medidas cautelares, éste no es otro que el de garantizar el derecho a recibir la tutela judicial efectiva. Ya eran muchos los pronunciamientos de la jurisprudencia española y del TJCE que venían insistiendo en la cuestión, dejando atrás una regulación cautelar excesivamente

restrictiva, finalmente, el legislador se ha pronunciado y ha dado el paso esperado. Así se infiere de la propia Exposición de Motivos de la LJCA cuando señala que:

De las disposiciones comunes sobresale la regulación de las medidas cautelares. El espectacular desarrollo de estas medidas en la jurisprudencia y la práctica procesal de los últimos años ha llegado a desbordar las moderadas previsiones de la legislación anterior, certificando su antigüedad en este punto. La nueva Ley actualiza considerablemente la regulación de la materia, amplía los tipos de medidas cautelares posibles y determina los criterios que han de servir de guía a su adopción.

En estas primeras líneas, ya empezamos a intuir o esperar un giro de 180.º, ya que vemos por parte del legislador un claro reconocimiento a la labor de la jurisprudencia anterior en su lucha por adaptar la regulación limitada de la LJCA de 1956 -en cuestión de medidas cautelares- a un Estado constitucional que debía velar por el derecho fundamental a recibir una tutela judicial efectiva. En coherencia con ello, el legislador afirma que:

Se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario⁵⁴.

De la afirmación transcrita, parece que finalmente podamos celebrar y proclamar que las medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo ya no serán algo excepcional. Sin embargo, como veremos, deberán estar sujetas, por su propia naturaleza, a una ponderación “suficientemente motivada” de todos los intereses en juego en el caso concreto. El legislador parece presentarnos un régimen común para todas las medidas cautelares, sin embargo, ya adelantamos que no es así. No obstante, nos anuncia el principio básico para la adopción de toda medida cautelar:

La Ley aborda esta cuestión mediante una regulación común a todas las medidas cautelares, cualquiera que sea su naturaleza. El criterio para su adopción consiste en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto.

Consecuentemente, el legislador reconoce de antemano la posibilidad de adoptar cuantas medidas sean necesarias –artículo 129- al caso concreto, dando vía libre a

⁵⁴ Este texto pertenece al punto VI de la Exposición de Motivos de la LJCA, sobre el procedimiento, concretamente en el apartado quinto.

las medidas positivas sin restricción aparente. En este sentido, se pronuncia claramente en el punto quinto *in fine* del motivo sexto de la Exposición:

Además, teniendo en cuenta la experiencia de los últimos años y la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso contencioso-administrativo, la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La Ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares. Corresponderá al Juez o Tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias. Se regulan medidas *inaudita parte debitoris*-con comparecencia posterior sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada-, así como medidas previas a la interposición del recurso en los supuestos de inactividad o vía de hecho.

Después de ver como el legislador nos presenta la nueva regulación de las medidas cautelares y aun antes de entrar al estudio de la regulación concreta que lleva a cabo la LJCA nos vemos en disposición de concluir ya junto a GONZÁLEZ PÉREZ que: “el carácter excepcional de la medida cautelar que subraya la jurisprudencia tradicional partiendo del principio de ejecutividad de los actos, ha perdido valor con la entrada en vigor de la Ley vigente”⁵⁵.

Las Medidas Cautelares en sede de lo contencioso administrativo se encuentran reguladas en los artículos 129 a 136 –ambos incluidos- del Capítulo II “Medidas Cautelares”, del Título VI “Disposiciones comunes a los Títulos IV y V” de la LJCA. A continuación, según ya se ha anunciado, abordaremos el estudio de la regulación sustantiva de estas medidas cautelares que se contiene en los artículos 129, 130 y 136 de la Ley de referencia.

1.2 *El artículo 129 de la LJCA. La medida cautelar: de algo excepcional a la norma general.*

El artículo 129 de la LJCA, abre el Capítulo relativo a las medidas cautelares, estableciendo que:

1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.

⁵⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Op.cit.*, p. 1239.

2. Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda.

El punto de partida, como ya se anuncia en la Exposición de Motivos, va a ser que “la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como una facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario”⁵⁶.

El artículo 129 comienza con la declaración de que se adoptaran “cuantas medidas aseguren (...)”. Este inciso es una de las novedades más significativas que rompe con el régimen jurídico de la tutela cautelar de la LJCA de 1956, en el que solo se contemplaba la suspensión como medida cautelar frente al recurso contra el acto administrativo –aunque, puntualmente, la jurisprudencia ya abogara por la necesidad de que se adoptasen otro tipo de medidas, como hemos, visto basándose en el artículo 24 CE o en la jurisprudencia europea-. Por tanto, nos encontramos, por primera vez –en sede contencioso-administrativo -, ante un *numerus apertus* de medidas cautelares.

A continuación sigue el precepto afirmando que esas medidas cautelares que podrán solicitarse se conciben para “asegurar la efectividad de la sentencia”. Esto indica que la medida cautelar es un instrumento al servicio de un derecho fundamental – tutela judicial efectiva-. Esta regulación hace posible considerar las medidas cautelares como un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, de ahí que se prioriza garantizar la satisfacción de éste, sin dudar en adoptar cuantas medidas sean necesarias.

La suspensión como única medida cautelar posible era insuficiente, y podemos hablar de insuficiencia por varias razones, en primer lugar, porque es una medida cautelar orientada a dar respuesta exclusivamente a recursos que tienen por objeto una disposición general o acto administrativo, entonces ¿dónde quedaban los recursos ante vías de hecho, inactividades o actos de contenido negativo? Y, en segundo lugar, porque la tutela cautelar es en gran medida casuística y no podemos determinar *a priori* qué medida será la que garantice la efectividad de la sentencia, por lo que “no solamente no puede reducirse a la suspensión, sino que tampoco

⁵⁶ Así se ha dicho, entre muchas, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1999 y 21 de enero de 2002.

debe limitarse a una lista de medidas concretas, por muy acertada que pudiera llegar a ser la formulada elegida⁵⁷. En este mismo sentido GONZÁLEZ PÉREZ apunta que:

el órgano jurisdiccional competente podrá adoptar no sólo las medidas típicas admitidas en la legislación procesal civil y en cualquier otra norma del Ordenamiento jurídico, (...) sino cualesquiera otras atípicas que sean adecuadas para hacer efectiva la sentencia que en su día ponga fin al proceso⁵⁸.

Para no empezar la casa por el tejado - partiendo de la base de que la medida cautelar es de carácter accesorio e instrumental en relación con el proceso principal- queremos recordar, que la LJCA admite explícitamente que podamos impugnar actos, disposiciones, inactividad y vía de hecho de la administración⁵⁹. Asimismo,

⁵⁷ CHINCHILLA MARÍN, C. *Op.cit.*, p. 142.

⁵⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Op.cit.*, p. 1218.

En referencia al comentario de GONZÁLEZ PÉREZ, es oportuno tener en consideración el artículo 727 de la LEC, para ejemplificar medidas cautelares posibles:

1. El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos. Fuera de los casos del párrafo anterior, también será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado.
2. La intervención o la administración judiciales de bienes productivos, cuando se pretenda sentencia de condena a entregarlos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad o cuando la garantía de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiere recaer.
3. El depósito de cosa mueble, cuando la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado.
4. La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga.
5. La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos.
6. Otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución.
7. La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.
8. La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.
9. El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción.
10. La suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 % del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial.
11. Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio.

⁵⁹ Artículo 25 de la LJCA establece que:

cabe destacar de nuevo “la constitucionalización de las medidas cautelares”, en cuanto que son la garantía de la efectividad de la tutela judicial efectiva. Por ello, se hace expreso en el artículo 129 la admisión de la medida cautelar necesaria, sin limitar éstas a la suspensión. GONZÁLEZ PÉREZ expresa que “hoy es incuestionable que no existe limitación alguna derivada de la naturaleza de la actuación que motiva el proceso”⁶⁰. Por tanto, no cabe discutir la posibilidad de acordar medidas cautelares de carácter positivo. El TS no ha dudado la procedencia de medidas positivas ante impugnaciones de actos de carácter negativo, ejemplo de ello es la Sentencia de 4 diciembre de 1999 de la Sección 6.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Estamos ante la solicitud de una medida cautelar positiva, cuya procedencia ha declarado esta Sala en sus Autos de 2 y 19 de noviembre de 1993, 11 de enero y 26 de diciembre de 1994 y en su Sentencia, entre otras, de 13 de marzo de 1999 (recurso de casación 6337/1995), al venir tales medidas amparadas por lo dispuesto en los artículos 24.1 de la Constitución.

Para responder a cuántas son las medidas que pueden asegurar la efectividad de la sentencia resulta ilustrativo cómo CHINCHILLA MARÍN al referirse al artículo 129 lo titula como “la cláusula general de medidas innominadas”, por cuanto para la autora no cabe duda de que el legislador no quiere limitar ni restringir la adopción de medidas ni en clase de éstas ni en cantidad. Por otro lado, con esta reforma el protagonismo del órgano jurisdiccional aumenta significativamente, así que será necesaria cierta unidad de criterios por parte de Jueces y Tribunales para evitar pronunciamientos dispares.

Ejemplo de todo lo dicho es también el artículo 217 – que estudiaremos detalladamente en el epígrafe correspondiente- del TRLCSP, que afirma que “los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo - contra la inactividad- de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda”. Esta norma admite expresamente la medida cautelar de

1. El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

2. También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley.

⁶⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Op.cit.*, p. 1223.

carácter positivo. Por tanto, queda claro que no existe limitación alguna en el tipo de medida cautelar que pueda adoptarse en el proceso, debe ser aquélla que asegure la efectividad del pronunciamiento estimatorio.

Se ha de destacar, también, que esta cláusula general de medidas cautelares permite solicitarlas en “cualquier estado del proceso”, por tanto, aunque se esté en fase de recurso de apelación o casación. En consecuencia, podrá solicitarse la adopción de la medida cautelar adecuada en cualquier momento durante subsista el proceso, eso es hasta que se dicte sentencia firme.

Todo lo anterior, con la excepción de que la medida cautelar se solicite en relación con una disposición de carácter general – reglamento-, en este caso, ni podrán solicitarse en cualquier momento, ni cabe solicitar cualquier tipo medida, pues el apartado segundo del artículo que nos ocupa, señala claramente “si se solicitare la suspensión (...) la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda”.

La redacción del artículo 129, según nuestro parecer, es encomiable, salvo lo apuntado en relación con los reglamentos, por cuanto no consideramos que por el mero hecho de ser una disposición general tenga que excepcionarse del régimen general para los demás actos administrativos.

1.3 *El artículo 130 de la LJCA. Requisitos para la adopción de medidas de régimen general.*

El artículo 130 de la LJCA contiene los requisitos para que se adopten las medidas cautelares de régimen general, es decir, establece los criterios que el juzgador ha de seguir para resolver la concesión o no de la medida cautelar y que son los siguientes:

1. 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.
2. 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 en forma circunstanciada.

1.3.1 Valoración de los intereses en conflicto.

El legislador inicia el precepto objeto de nuestro estudio con la “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto” que, como veremos en el apartado correspondiente, se ha de denegar – la medida cautelar- cuando pueda causar “perturbación grave de los intereses generales o de tercero”. Este criterio ha estado presente en todos los pronunciamientos estudiados, no solo los que aplican la actual LJCA, sino también los anteriores, ya que la antigua Exposición de Motivos de la LJCA de 1956 establecía esta necesidad de ponderar los intereses en juego. En “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”⁶¹, ya que como veremos en los pronunciamientos del Tribunal Supremo, debemos atender las circunstancias concretas del caso. Esto ya se anunciaba por el Tribunal Supremo desde el Auto de 12 de febrero de 1992, “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”.

CHINCHILLA MARÍN, nos vuelve a recordar que la decisión cautelar es el resultado de valorar todos los intereses presentes en un proceso, además, la autora aprecia que “la regla que establece este precepto resulta especialmente oportuna”⁶². Siguiendo con lo dicho, CHINCHILLA MARÍN expresa:

El juicio cautelar es un juicio necesariamente ponderativo, que está llamado a alcanzar un difícil equilibrio entre los intereses en conflicto, y 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 reparación⁶³.

Como hemos visto, uno de los grandes problemas de los pronunciamientos estudiados –en base a la LJCA 1956- era que el órgano jurisdiccional reproducía el artículo 122, pero no motivaba las sentencias atendiendo a las circunstancias del caso concreto, tal y como criticó el Tribunal Supremo en su Auto de 20 de diciembre

⁶¹ CHINCHILLA MARÍN, C. “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998”. REDA, num. 100, 1999. p. 874.

⁶² CHINCHILLA MARÍN, C. “Comentarios a... *Op. cit.*, p. 873.

⁶³ CHINCHILLA MARÍN, C. “Comentarios a... *Ibidem.*

de 1990 – ya comentado-. Por ello, pese a que el artículo 130 pueda ser menos acertado que el artículo 129, consideramos apropiado que el legislador imponga la valoración circunstanciada, por las razones que expone CHINCHILLA MARÍN y porque no podemos perder de vista que uno de los intereses en juego siempre será un derecho fundamental. Pese a que todos los intereses puedan ser dignos de protección, no puede obviarse, que el conflicto puede darse entre intereses de distinta naturaleza, como bien señalaba TORNOS MAS⁶⁴, además, se ha de insistir en que el precepto se refiere en genérico a “intereses en conflicto” – todos- y, por tanto, la ponderación no queda circunscrita al interés general que se supone persigue siempre la administración y el interés particular concreto.

Insistimos, tal y como venimos repitiendo, no cabe hablar de tutela judicial efectiva si al recaer el pronunciamiento estimatorio es imposible satisfacer la pretensión del recurso. Tampoco cabe dudar de la demora existente en estos procedimientos, que pone en especial peligro la efectividad de este derecho fundamental, recogido en el artículo 24 de la CE-1978. Esta es la razón de ser –principal- de las medidas cautelares: velar para que la tutela sea efectiva. Vemos un cambio sustancial en cuanto que la suspensión era una actuación excepcional en la anterior LJCA y pasa a ser –expresamente- la garantía imprescindible para recibir una tutela judicial efectiva. Claro está el carácter instrumental y accesorio de las medidas cautelares, al igual que no olvidamos la presunción de legitimidad y la ejecutividad de los actos administrativos necesarios para que la actuación administrativa sea eficaz. De nuevo pero sin ser una novedad, volvemos a estar ante la necesidad de armonizar un derecho fundamental con un bien jurídico protegido constitucionalmente pero, ahora, la valoración no solo queda circunscrita a esos dos intereses que se presentan *ab initio* como especialmente contrapuestos, es decir, no estamos ya ante el antiguo problema de valorar si ha de primar la eficacia de la actuación administrativa como bien protegido constitucionalmente *versus* el interés particular concreto, sino “todos los intereses en juego” que podrán ser dos derechos fundamentales.

A pesar del acierto, en relación con la previsión relativa a la ponderación, debemos notar que, según nuestro parecer, no se entiende que el legislador anticipe la valoración de esos intereses a la comprobación de si existe peligro a que el recurso pierda su finalidad –vinculado claramente al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva-. Ello a diferencia del artículo 129 en el que prevalece claramente la efectividad de la tutela judicial.

⁶⁴ Vid.: TORNOS MAS, J. *Op. cit.*

No obstante la anterior consideración, lo cierto es que el 130 no puede considerarse de manera aislada, se ha de tener presente que el artículo 129 – previo- ya dispone que pueden solicitarse cuantas medidas cautelares sean necesarias “para asegurar la efectividad de la sentencia”, por tanto, sin perjuicio de que el artículo 130 parezca requerir de forma previa - a la decisión de acordar la medida cautelar- la “valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto”; entendemos que el legislador ya ha dejado meridianamente claro mediante el 129 que, precisamente, las medidas cautelares dejan de ser algo excepcional básicamente porque aseguran la efectividad de la sentencia. En consecuencia, bajo este razonamiento, la valoración circunstanciada⁶⁵ de los intereses en juego ha de pasar necesariamente a un sendo plano. Es por ello que señalábamos que la regulación que acomete la LJCA del 98 da la razón a TORNOS MAS quien ya se había anticipado años antes al criticar toda aquella jurisprudencia que se empeñaba en interpretar restrictivamente el artículo 122 de la LJCA de 1956, toda vez que valoraba al mismo nivel un derecho fundamental – tutela judicial efectiva- con un bien constitucional – eficacia de la actuación administrativa-.

Por tanto, podemos concluir que la LJCA sí expresa que las medidas cautelares son la herramienta para garantizar la tutela judicial efectiva, como ya venía haciendo años atrás el Tribunal Constitucional: “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”⁶⁶.

Pero es que, además, la jurisprudencia estudiada hasta ahora, considera todos los criterios de forma conjunta, dando importancia a las circunstancias del caso. En este sentido la jurisprudencia suele hacer caso omiso de la aparente prelación de la ponderación de intereses en juego sobre la valoración de si está en juego la pérdida de la finalidad legítima del recurso. En efecto el Supremo tiene declarado que:

Según el art. 130.1 Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio ‘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’. Este

⁶⁵ Recordemos la crítica del Tribunal Supremo a los Autos anteriores que reproducían la teoría general sin entrar a ponderar circunstanciadamente.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 de febrero de 1992.

precepto consagra el llamado *periculum in mora* [peligro propio del retraso] como el primer criterio que debe tenerse en cuenta para la adopción de una medida cautelar⁶⁷.

1.3.2. Necesidad de asegurar el proceso. *Periculum in mora*: que el recurso no pierda su finalidad legítima.

Como puede constatarse en el fundamento de derecho transcrito *ut supra* la jurisprudencia ha visto en la redacción del artículo 130, el requisito del *periculum in mora*, en concreto en la expresión “perder su finalidad legítima al recurso”. Por tanto, el *periculum in mora* es uno de los requisitos expresos que la ley establece para otorgar las medidas cautelares en los recursos interpuestos contra actos o disposiciones generales. En coherencia con nuestro posicionamiento el requisito de *periculum in mora* se desprende indirectamente, también, del artículo 129, por cuanto la tutela judicial efectiva se materializa, entre otros, en poder obtener respuesta por parte de los tribunales y, en caso de ser un fallo estimatorio, que éste sea efectivo, es decir que sea posible más allá del papel. De ahí que, sin que sea necesario entrar en el estudio de los fundamentos y de la significación de lo que se ha de entender por “finalidades legítimas del recurso”, - más allá de que son la posibilidad que contemplan determinados textos legales para poder impugnar distintos supuestos ya sean de insatisfacción subjetiva de la parte con una solución obtenida, normalmente porque hay un perjuicio, por errores de diferente fondo o forma, o bien por necesidad de unificar doctrina-; lo que queremos destacar, es que este acto de impugnación perderá toda su finalidad si cuando se resuelva sobre el fondo del asunto, la situación de *facto* haga imposible que lo que dice el fallo acontezca en la realidad, he aquí una de las razones de ser de las medidas cautelares.

En definitiva, que el recurso pierda su finalidad legítima vulnera, en última instancia, el derecho a recibir una tutela judicial efectiva. El aforismo “*periculum in mora*” expresa el peligro de la mora o de la espera que puede darse como consecuencia del transcurso del tiempo en el que pende el proceso y cuyo resultado puede ser que hacer efectiva la sentencia estimatoria esté más cerca de una ilusión que de la realidad⁶⁸. Todo lo anterior, vuelve a hacer más actual que nunca, toda vez que

⁶⁷ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sección 3ª de 14 de mayo de 2008 del Tribunal Supremo. En idéntico sentido: la Sentencia de 26 de septiembre de 2007; STS de 14 de marzo de 2006, STS de 18 de marzo de 2004, STS de 19 de marzo de 2003, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1999.

⁶⁸ En el mismo sentido a lo explicado, el Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3.ª del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2003 dice:

corroborar, lo que ya CHIOVENDA reivindicaba en 1921 que: “el tiempo necesario para tener la razón no debe causar daño a quien tiene razón”⁶⁹.

Por otro lado, queremos recalcar que pese a ser el transcurso del tiempo el factor que genera el peligro, el requisito de *periculum in mora* no puede identificarse exclusivamente “con la duración del proceso (...) sino con los perjuicios derivados de la ejecución del acto y con la dificultad que para su reparación implica la duración del proceso”⁷⁰. Esta afirmación de CHINCHILLA MARÍN es la que, en nuestra opinión, da pie y fundamenta – como veremos- que la jurisprudencia vuelva a medir el peligro de la espera bajo parámetros como la irreparabilidad de los daños que provocaría el no adoptar una medida cautelar.

Por tanto, llegados a este punto resulta forzoso preguntarnos: ¿Podemos equiparar el *periculum in mora* a la irreparabilidad de daños? ¿El criterio económico vuelve a ser, en definitiva, el requisito determinante para que se acuerde de conformidad la cautela solicitada?

Según hemos visto, la nueva redacción de la LJCA abandona la fórmula clásica: “causar daños de imposible o difícil reparación” como única y excepcional justificación de la concesión de la suspensión de la actividad administrativa, para presentarnos un nuevo camino justificativo de la solicitud y concesión de las cautelares, bajo el tenor literal: “perder su finalidad legítima el recurso”. Como ya hemos adelantado, ahora, la prioridad ha de ser garantizar el derecho a recibir la tutela judicial efectiva, sin embargo, la realidad es que la jurisprudencia ha llegado a identificar o a someter esta nueva formulación al desfasado requisito de que se

Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con el artículo 130 de la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Se señala en autos de 2 de noviembre de 2000, 29 de enero de 2002 y 31 de octubre de 2002, que el criterio elegido por dicho artículo para decidir sobre la suspensión cautelar es que la 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 (...).

⁶⁹ CHIOVENDA, G. Notas a Cass. Roma, 7 marzo 1921, Giur. Civ. E Comm., 1921, p.362., Citado por CHINCHILLA MARÍN, C. En: “Las medidas cautelares... *Op.cit.*, p.129.

⁷⁰ CHINCHILLA MARÍN, C. “Las medidas cautelares... *Op.cit.*, p.148.

produzcan daños irreparables.⁷¹, CHINCHILLA MARÍN insiste en un punto que nos parece crucial para comprender esta cuestión, al matizar que:

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 indemne⁷².

Por lo que, el requisito *periculum in mora* que exige la LJCA, queda reducido por parte de la jurisprudencia a un criterio económico, que ya había sido muy criticado por la doctrina en su aplicación conforme a la anterior LJCA. Así lo afirma sin vacilaciones CHINCHILLA MARÍN cuando critica que: “los jueces y tribunales han reducido el concepto ‘perdida de la finalidad legítima del recurso’ a la idea clásica del perjuicio de imposible o difícil reparación”⁷³. Ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2006, que declara improcedente la suspensión solicitada en el recurso contra un precinto provisional de unos equipos de emisión de televisiones locales. En su fundamento de derecho segundo, después de reiterar la insuficiencia de las alegaciones de parte concluye con lo siguiente:

Siendo por ello totalmente necesario para proceder a la suspensión de la ejecución del acto administrativo que el recurrente concrete, en la medida de lo posible, en qué consisten los perjuicios o daños que le pueda ocasionar la ejecución del acto administrativo, con el fin de que puedan ser tenidos en consideración y valorados por el Tribunal y determinar en qué medida podrían ser prevalentes a los generales.

Consecuentemente, resulta evidente el protagonismo del que siguen gozando los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de un acto o disposición general a la hora de decidir sobre la adopción de las medidas cautelares. Sin embargo, a pesar de que esos daños y perjuicios deberían tener un papel secundario, lo cierto es que en la medida en que son una manifestación del peligro que puede suponer que la sentencia no sea efectiva; dicha valoración, puede resultar favorable a la parte solicitante, siempre y cuando no se confundan – como en no pocas ocasiones sucede- los términos “reparar” y “resarcir”.

⁷¹ La RAE define lo irreparable con aquello “que no se puede reparar”. En: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. *Diccionario de la lengua española*. 22.ª edición, [on line] <http://lema.rae.es/drae/?val=irreparable> [Consulta: 10 de noviembre de 2012].

⁷² CHINCHILLA MARÍN, C. “Las medidas cautelares... *Ibidem*.”

⁷³ CHINCHILLA MARÍN, C. “Las medidas cautelares... *Op. cit.*, p.147.

Visto lo anterior, cuando se quiera solicitar una medida cautelar, se deberá probar que (i) existe un peligro cierto si se ejecuta el acto o la disposición general objeto de impugnación - que es dejar nuestro recurso sin eficacia-; no obstante, el modo de evidenciar ese peligro, seguirá siendo la demostración de (ii) los daños y perjuicios que pueden devenir de no otorgarse la medida cautelar. Luego, es la parte que solicita la tutela cautelar sobre la que recae la carga de probar que esos daños y perjuicios, efectivamente, serán de difícil reparación y de gran intensidad en relación con los intereses en conflicto y, por ende, existe el peligro de que el recurso pierda su efectividad legítima.

Por tanto, ha de quedar claro que es quien solicita la medida cautelar quien tiene la carga de probar los requisitos que la Ley y la jurisprudencia tradicional exigen. Sin embargo, la importancia de los otros intereses en juego no puede determinarse por la parte que solicita la medida cautelar⁷⁴. En este Sentido, resulta ilustrativa la Sentencia de 19 de mayo de 2008 del Tribunal Supremo⁷⁵, que en su fundamento de derecho tercero establece 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' (...). Posición que asimismo ha mantenido este Tribunal al declarar que 'la necesidad de atenerse a la singularidad de cada caso debatido por las circunstancias concurrentes en el mismo, lo que implica, desde luego un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos o uniformes'. (...) El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión sin que sea suficiente una mera invocación genérica.

Toda esta reiteración se ordena a enfatizar la idea de que, en el ámbito de las medidas cautelares, es el fin el que justifica los medios, ya que para garantizar la tutela judicial efectiva de un supuesto de hecho determinado, debemos encontrar la situación provisional específica que salvaguarde el posible fallo estimatorio del

⁷⁴ Sobre la carga de la prueba y la demostración de los intereses en juego, vid.: CHINCHILLA MARÍN, C. "Comentarios a la... *Op. cit.*, p. 873 y ss.

⁷⁵ En el mismo sentido y, por todos: Auto del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2006, Auto del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2007, Auto del Tribunal Supremo 22 de octubre de 2002, Auto del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2000, Auto del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1994, Auto del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1991, Auto del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1990, Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2008, Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2007, Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004, Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2004, Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2003, Sentencia del Tribunal Constitucional 238/92 de 17 de diciembre de 1992, Sentencia del Tribunal Constitucional 148-93 de 29 de abril de 1993 Sentencia del Tribunal Constitucional 115/87 de 7 de julio 1987, entre otros.

recurso. Por ello, se debe determinar claramente, en la solicitud de las medidas cautelares, cuáles son los daños y perjuicios que se pueden suceder por causa de la ejecución del acto o disposición general, para así justificar, de un lado, la pertinencia de su adopción y, de otro, la adecuación de la medida concreta a las circunstancias. En todo caso, podemos aceptar, que la forma de acreditar que existe el peligro a que el recurso pierda su finalidad, sea mediante la demostración de la existencia de daños y perjuicios, que siendo más o menos difíciles de reparar, en consideración con los intereses en juego, ponen en riesgo la efectividad del posible fallo favorable. Podemos también aceptar que la jurisprudencia perfile una casuística de supuestos en los que los daños y perjuicios generados que se entienden de difícil reparación⁷⁶. Pero lo que no podemos aceptar es que, de nuevo, veamos reducido el criterio de “difícil reparación” – que conforme al espíritu de la Ley se ha de entender en el sentido de que exista peligro de que el recurso pierda su eficiencia- a una razón meramente económica, teniendo en cuenta, además, la ya aludida diferencia entre “reparar” y “resarcir”.

Desafortunadamente, la jurisprudencia sigue manteniendo, en general, el criterio de la evaluación económica del daño para establecer qué perjuicios son de reparación difícil de los que no.

Esto es, según sean o no indemnizables a tenor de la LRJPA. Y ha declarado que no procede la suspensión cuando los efectos dañosos, en su caso, fácilmente podrían ser reparados por la administración, pues se condensarían en una reparación económica. (...) de tal modo que cuando el daño no es susceptible de valoración económica, se considera de reparación imposible o al menos difícil⁷⁷.

Por tanto, vemos cómo la jurisprudencia sigue empecinada en entender que los dos conceptos clave - garantía de efectividad y evitar la pérdida de la finalidad del recurso- se estimen en función de la reparabilidad o no de los daños con la ejecución.

⁷⁶ Ejemplo de ello, son los casos de cierre inmediato de un negocio que se consideran que generan unos perjuicios de muy difícil reparación, como por ejemplo: despedir a trabajadores, perder la clientela, todos los bienes inmovilizados, la adaptación del local, etc., siempre y cuando no exista una grave lesión al interés general. Así lo establecen las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2007, 29 de junio de 1998, 10 y 13 de marzo de 1999, entre otras. Otro ejemplo de caso tipo puede verse en la Sentencia de 23 de diciembre de 2008, sobre la ejecución de un acto que establece la demolición de edificaciones para crear una zona verde, en este caso es claro que de no otorgarse la medida cautelar y finalmente los recurrentes obtuvieran un fallo favorable volver a la situación anterior sería imposible, por cuanto el inmueble ya estaría demolido. Son también ejemplo de ello, los acuerdos de expulsión en materia de extranjería, en estos supuestos, se entiende probado el *periculum in mora* mediante la acreditación del arraigo, de un trabajo estable, de hijos nacidos y escolarizados en España, etc.

⁷⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Op.cit.*, p. 1241.

No obstante, existen también numerosos pronunciamientos, incluso en sede de sanciones, que salvaguardan claramente el derecho fundamental en juego, esto es, la tutela judicial efectiva. En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2001, relativa a un recurso interpuesto contra un acuerdo de suspensión dictado por la Audiencia Nacional en referencia a una sanción administrativa impuesta por dañar el medio ambiente en materia de vertido de aguas residuales. El Abogado del Estado en el recurso de casación contra la suspensión adoptada ofrece el siguiente razonamiento, que es recogido por la Sala en su fundamento de derecho segundo:

El Abogado del Estado (...) invocando la infracción del art. 130 de la LJCA y de la jurisprudencia que lo interpreta. Entiende que, siendo fácilmente reparable el daño que puede causar el pago de la sanción, la suspensión es improcedente y, además, perjudica el interés general.

Pues bien, en este supuesto y, aunque en el pago de una sanción es más difícil la distinción entre resarcir y reparar - ya que, a simple vista, estamos ante un perjuicio totalmente económico-, la Sala nos recuerda que el criterio según la reparación del daño no puede ser el único criterio.

La reparabilidad del daño no se erige en único criterio a ponderar cuando de suspender la ejecución de la actuación administrativa se trata. Tras la LJCA 29/1998, debemos valorar también, de un lado, si la ejecución puede hacer perder al recurso su legítima finalidad y si la suspensión puede perturbar gravemente los intereses generales.

Por otra parte, podemos encontrar otros pronunciamientos en los que se considera que no todo perjuicio económico es merecedor de ser protegido con medias cautelares, es ejemplo de ello, la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2008:

No todo perjuicio económico derivado de la posibilidad de dejar sin efecto la ejecución del acto lleva consigo la necesidad de adoptar la medida cautelar por cuanto deben ponderarse los perjuicios que, desde el punto de vista de la eficacia administrativa, ocasionaría la dilación en llevar a efecto los acuerdos adoptados.

Llegados a este punto, es oportuno recordar la fervorosa crítica que realizó FONT I LLOVET ya en relación con la Jurisprudencia dictada al amparo de la derogada LJCA del 1956. El profesor interpretaba que la Exposición de Motivos de la LJCA de 1956, ya excluía expresamente que la valoración económica fuera el criterio para considerar que los daños sean de fácil reparación. El autor, analiza

pronunciamientos que sostienen su parecer, como el Auto del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1981, que es claro al fundamentar que “si se hace difícil o imposible determinar el valor exacto de tales perjuicios, más difícil será proceder a su reparación, a pesar que se admita que se trata de unos daños ‘traducibles’ en términos económicos (...) la dificultad en fijar desde el principio el quantum exacto obliga a calificar tales perjuicios como de difícil o imposible reparación”⁷⁸.

En este epígrafe, hemos podido confirmar lo que veníamos anunciando en lo referente a que las medidas cautelares son una materia notoriamente casuística, por lo que siempre deberemos atender a las circunstancias caso concreto, con todos los intereses en conflicto y barajar los posibles daños y perjuicios, entre otras cuestiones. Como contrapartida, estamos en un campo donde podemos encontrar, tal y como TORNOS anunciaba, soluciones dispares a casos de circunstancias similares.

No obstante, tras el estudio de la jurisprudencia y junto a GONZÁLEZ PÉREZ⁷⁹, podemos identificar, cuatro supuestos de hecho, en los que gran parte de la jurisprudencia ha considerado que existía dificultad en su reparación, y que son los siguientes:

1. Aquellos supuestos en los que calcular el perjuicio y los daños sea de gran dificultad, se entenderá que sí es de difícil reparación, por tanto se podrá suspender.
2. Cuando la ejecución del acto impugnado, además de causar daños y perjuicios, el llevarlo a cabo, conlleve para el recurrente una gran dificultad. Ejemplo de ello, es la Sentencia que hemos visto con anterioridad, donde se acordaba la suspensión por entenderse que su elevado importe podía causar daños. En estos casos debe probarse la precariedad económica del solicitante para hacer frente al pago que exige el acto administrativo recurrido.
3. Cuando “sea mucho más gravosa la reparación que la no ejecución”.
4. Cuando pueda demostrarse que es “presumible la insolvencia de la entidad que, en su día deba indemnizar”⁸⁰.

⁷⁸ FONT I LLOVET, T. *Op. cit.*, p. 483 y 484.

⁷⁹ Vid.: GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Op. cit.*, p. 1242.

⁸⁰ En relación con este supuesto de hecho nos parece interesante la reflexión que realiza BERBEROFF, en: “La Regulación de las Medidas Cautelares”. *Actualidad Administrativa*, núm. 21,

Este supuesto, llama especialmente la atención, ya que años atrás podíamos ver como Jueces y Tribunales concebían todo perjuicio susceptible de valoración económica como reparable en base a la gran e indestructible solvencia de la Administración, actualmente más vale suspender ya que dudamos que pueda subsanar.

Como es de ver, queda asumido por todos, que en la práctica la forma más tradicional de demostrar que la no adopción de medidas cautelares puede provocar que el recurso pierda su finalidad, es mediante la acreditación de los daños y perjuicios que se generarán y de cómo éstos pondrán en peligro la eficacia del posible fallo favorable. No obstante, la cuantía también entra en juego en determinados supuestos, jugando a favor o en contra del recurrente, pero siempre considerando todas las circunstancias y valoración del resto de criterios.

1.3.3. *Perturbación grave de intereses generales o de terceros.*

El apartado segundo del artículo que venimos analizando, establece que la medida cautelar puede denegarse cuando pueda causar “perturbación grave de los intereses generales o de tercero”. Estudiado ya el contexto en el que se inserta este apartado, la primera reflexión – u objeción- que ha de plantearse es cómo puede oponerse a la tutela de un derecho fundamental la mera invocación de intereses, ya sean generales o particulares. Llama especialmente la atención que la simple perturbación del interés de un tercero – insistimos se utiliza el término interés- pueda, *a priori* – según la redacción del precepto- enervar el derecho fundamental en juego; cuando la doctrina del TC es constante en afirmar que a un derecho fundamental solo puede oponerse otro derecho fundamental.

2011, sobre la eventual alegación de la falta de solvencia por parte de una administración pública como oposición a la concesión de la medida cautelar:

Ante este escenario no cabe despreciar la negativa afectación de los intereses de unas administraciones fuertemente endeudadas y con exiguos recursos (por ejemplo, pequeños municipios) provocada, eventualmente, por la adopción de una medida cautelar de suspensión, afirmación que, no obstante, debe matizarse y, como se viene manteniendo, asimilarse desde la perspectiva casuística: en este sentido, la STSJ de Cataluña, Sección Primera 131/2010, de 11 de febrero, rechazó los alegatos relativos a la patente falta de liquidez en la actualidad de las administraciones públicas a causa del notable descenso de los ingresos —hecho que califica de notorio y evidente—, sobre la base de considerarlos infundados ante la prestación de garantías adecuadas, por cuanto no resulta menos notorio y evidente que las consecuencias de la actual situación económica afecta por igual, en general, a las administraciones y a los contribuyentes.

BERBEROFF AYUDA, D. “La Regulación de las Medidas Cautelares”. *Actualidad Administrativa*, núm. 21, 2011, p. 2622.

Existe jurisprudencia anterior a la LJCA de 1998, que introducía la cuestión de los daños causados a terceros distintos del recurrente que habían de tenerse en cuenta a la hora de decidir sobre la adopción de medidas cautelares. No obstante, se ha de notar que los daños a terceros era un aspecto que solía alegarse por el recurrente para jugar a su favor. Por ejemplo, el Auto de 13 de abril de 1981 de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo suspende el acto administrativo, por el que se revocaba la autorización de funcionamiento de una Autoescuela. El Tribunal Supremo, entiende que la interrupción del curso, además del desprestigio para la Autoescuela, provocaría un perjuicio para los alumnos ya matriculados, estos daños, los considera de difícil reparación y procede a la suspensión del acto. Según FONT I LLOVET, este aspecto –los daños causados a terceros- “no ha sido suficientemente valorado por la jurisprudencia”⁸¹.

En todo caso, si no podíamos ver acertado valorar el derecho fundamental a recibir una tutela judicial efectiva en la misma balanza que el bien constitucional de actuación eficaz de la Administración, peor nos parece que cumpliendo todos los requisitos, la medida cautelar pueda rechazarse si el órgano jurisdiccional aprecia que en la adopción de la medida cautelar se perjudique gravemente intereses generales o de terceros. Tanto es así que GONZÁLEZ PÉREZ advierte que “aunque de aquella valoración resulte que el interés público no exige que se mantenga la actuación administrativa y concurren los requisitos exigidos para que proceda la medida cautelar (...) podrá denegarse la medida”⁸².

En nuestra opinión, una interpretación literal y sucesiva de los artículos 129 y 130 excluye cualquier tipo de coherencia y ha de interpretarse en el sentido de que la finalidad perseguida por el legislador es se tengan en cuenta el máximo de factores que puedan afectar a la decisión de adoptar la medida cautelar y, por ello, se vuelve a insistir en la ponderación circunstanciada –el artículo 130 reitera por dos veces la necesidad de ponderar las circunstancias-, siendo éste el principio rector de la decisión, que afecta a todos los requisitos que estudiados.

Sobre este segundo apartado, CHINCHILLA MARÍN, lanza la siguiente reflexión:

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, la tutela

⁸¹ FONT I LLOVET, T. *Op. cit.*, p.479 y 480.

⁸² GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Op.cit.*, p. 1242.

puede ser denegada, hubiera exigido, en mi opinión, hablar de daños graves para los intereses generales o de terceros y no simplemente de perturbación.

Y es que del tenor literal de esta norma se desprende que es posible la denegación de la medida cautelar en base a una simple “perturbación” de interés general o de terceros – que no daño-; no obstante, lo cierto es que se presenta como algo facultativo, la ley expresa simplemente que “podrá denegarse”, que no es lo mismo que establecer que cuando se de esta circunstancia “deberá” denegarse la medida cautelar.

Por lo tanto, nuevamente se deberá atender a las circunstancias del caso concreto, sujetos al criterio del juzgador, de forma que “una perturbación grave –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 resulte necesaria (...) pero no puede descartarse que así sea”⁸³.

En todo caso, queremos concluir este apartado adhiriéndonos a la crítica que realiza CHINCHILLA MARÍN sobre la cuestión de que pueda denegarse la medida cautelar por perturbación grave de los intereses de tercero:

Por lo que respecta a los intereses de terceros, equiparados por los artículos 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 efectiva⁸⁴.

1.3.4 *El Fumus boni iuris, un requisito de orden jurisprudencial necesario para la adopción de las medidas cautelares.*

La apariencia de buen derecho no aparece en las normas de la jurisdicción contencioso-administrativa como requisito material para la adopción de las medidas cautelares. Éste es un requisito introducido decisivamente por la jurisprudencia, concretamente fue determinante el famoso Auto de 20 de diciembre de 1990 – ya comentado-, que hizo suya la doctrina contenida en el caso *Factortame*, y que “se

⁸³ CHINCHILLA MARÍN, C. “Comentarios a ... *Op. cit.*, p. 874.

⁸⁴ CHINCHILLA MARÍN, C. “Las medidas cautelares... *Op. cit.*, p.157.

sintetiza en la necesidad de que el proceso no debe convertirse en una carga para quien tiene razón, de manera que el derecho a la tutela cautelar se manifiesta cuando se aprecie la existencia de buen derecho”⁸⁵. CHINCHILLA MARÍN al escribir el comentario acerca de este artículo 130, se refiere al *fumus boni iuris* como el criterio lamentablemente ausente ya que:

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 la necesidad de que junto al *periculum in mora*, (...), 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 (...) Sorprende, por ello, que el artículo 130 (...) haya omitido toda referencia al *fumus boni iuris*⁸⁶.

Precisamente, al ser un requisito que la Ley no exige, son nuestros Jueces y Tribunales los que vienen exigiendo, con mayor o menor rigurosidad- el *fumus boni iuris*-. Esto “no es para sentar, aplicando la doctrina del proceso civil, que constituye un requisito para poder adoptar una medida cautelar, que debía concurrir con el *periculum in mora*, sino como motivo legitimador suficiente para adoptar la cautela”⁸⁷. Es por ello, - según nuestro parecer- que el juzgador debería comprobar para decidir sobre la adopción de la medida cautelar la apariencia de buen derecho⁸⁸.

Cuestión distinta resulta plantear sí el *fumus boni iuris* “puede, de forma exclusiva, justificar la medida cautelar, cuando no resulte posible apreciar el *periculum in mora*”⁸⁹. Para intentar resolver este punto, es necesario recordar la distinción de LJCA – artículo 129.1 y 2- entre la impugnación de un acto administrativo y la de una disposición de carácter general de la impugnación de la inactividad o vía de hecho –

⁸⁵ BERBEROFF AYUDA, D. *Op.cit.*, p. 2628.

⁸⁶ CHINCHILLA MARÍN, C. “Comentarios a la... *Op. cit.*, p. 874 y 875.

⁸⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Op.cit.*, p. 1231.

En referencia a lo afirmado por GONZÁLEZ PÉREZ, se han pronunciado Autos del TS de 20 de diciembre de 1990, 17 y 23 de abril, 16 de julio y 19 de diciembre de 1991.

⁸⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Ibidem*.

El profesor, continúa argumentando – *ibíd.*- que “el primer requisito para que pueda acordarse una medida cautelar es la apariencia de buen derecho”. Sin embargo, ni la Ley ni los Tribunales, en nuestra opinión, dan tanta importancia a este requisito o dicho de otro modo se le da un espacio más restringido, no obstante, es alegado en todos los pronunciamientos estudiados.

⁸⁹ BERBEROFF AYUDA, D. *Ibidem*.

ya anunciada, y que abordaremos en el siguiente apartado del presente estudio relativo al artículo 136 LJCA-. Como ya se ha expuesto, el artículo 130 establece que solo se adoptará la medida cautelar en los supuestos en que exista el peligro de pérdida de la finalidad legítima del recurso. No obstante, como veremos, del artículo 136 parece desprenderse que el *fumus boni iuris* será requisito suficiente. Llegados a este punto, la pregunta resulta obligada: ¿Qué se comprueba con el *fumus boni iuris*?

Siendo este un presupuesto aplicado por la jurisprudencia, nuestra explicación ha de partir necesariamente de distintos pronunciamientos, empezando por el de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Sección 5ª del Tribunal Supremo⁹⁰ de 3 de julio de 2007, mediante la que se desestiman los recursos de casación interpuestos contra el Auto dictado por el TSJ de Andalucía mediante el que se acuerda suspender la ejecución de un acto administrativo dictado por el Ayuntamiento por el que se calificaban determinadas parcelas como zona verde y residencial. En los fundamentos de derecho el Tribunal Supremo fundamenta los requisitos que el juzgador debe valorar para acordar la medida cautelar. Dedicamos el fundamento tercero, apartado C a la apariencia de buen derecho, señalando lo siguiente:

La apariencia de buen derecho o 'fumus boni iuris' no es un criterio desdeñable a la hora de tomar decisión sobre la adopción de medidas cautelares; ni lo fue en la jurisprudencia anterior a la Ley 29/1998, ni lo es en la que complementa lo dispuesto en ésta.

Y es que la apariencia de buen derecho es un requisito que ha impuesto la jurisprudencia por influencia directa de la regulación comunitaria, que sin entrar de momento a determinar su relevancia, debe ser considerado en la decisión de adopción de medidas cautelares. En este sentido, el Auto de referencia señala que:

Ese criterio, aun siendo objeto de seria controversia y de aplicaciones no siempre coincidentes, no parece que pueda ser desatendido; bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en

⁹⁰ El Tribunal Supremo se ha pronunciado en idéntico sentido en numerosos Autos y Sentencias que iremos citando a lo largo del presente epígrafe, por considerarlas especialmente ilustrativas, pero además, no podemos dejar de referir los siguientes – todos del Tribunal Supremo. Sentencia de 19 de mayo de 2008, Sentencia de 3 de julio de 2007, Auto de 27 de noviembre de 2006, Sentencia de 12 de julio de 2004, Sentencia de 7 de octubre y de 11 y 12 de noviembre de 2003, Auto de 22 de octubre de 2002, Auto de 17 de enero de 2000, Sentencia de 10 de julio de 1998, y Autos de 19 de mayo y 12 de noviembre de 1998.

los casos extremos en que tanto la adopción como la no adopción de la medida cautelar pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible.

Se ha discutido en numerosísimas ocasiones la problemática que supone la doctrina del *fumus boni iuris*, ya que puede suponer entrar a considerar el fondo del asunto, en definitiva prejuzgar, en el proceso incidental. La comprobación de la apariencia de buen derecho, no puede suponer bajo ningún concepto el avance de la decisión definitiva ni entrar a juzgar el fondo del asunto, sino que circunscribe a una evidencia superficial de que quien solicita la medida cautelar no se basa en ninguna solicitud manifiestamente infundada, tal y como expresa el anterior párrafo citado.

Así las cosas, el Tribunal Supremo, en el Auto de referencia, entiende que la apariencia de buen derecho es un requisito que no puede ser desatendido, lo fundamenta de la siguiente manera:

Y no parece que pueda serlo en un ordenamiento que, como el nuestro, no lo excluye cuando regula las medidas cautelares en la citada Ley 29/1998 y lo prevé expresamente en el artículo 728.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, que habilita al Tribunal para fundar, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión. Tampoco parece que pueda serlo en un ordenamiento que, como el nuestro, está enmarcado y forma parte del más general constituido por el Derecho Comunitario Europeo, cuyo Tribunal de Justicia afirma, y afirma con toda reiteración y contundencia, la lícita utilización de aquel criterio. Es cierto, sin embargo, que se trata de un criterio que debe emplearse en el contexto de los que expresamente prevé la repetida Ley 29/1998, para percibir sin desacierto la finalidad legítima del recurso, para la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, o para ponderar de forma circunstanciada los intereses generales o de tercero y la perturbación grave que para ellos pueda seguirse de la adopción de la medida cautelar.

La fundamentación transcrita sintetiza claramente las razones por las que los Tribunales deben tener en cuenta la apariencia de buen derecho de quien solicita la medida cautelar, a pesar de que la LJCA no contemple tal requisito, nos damos cuenta de su pertinencia en relación con el conjunto de nuestro ordenamiento. Sin embargo, el Tribunal finaliza su exposición advirtiendo lo siguiente:

Es un criterio que no gobierna en sí mismo ni con carácter principal la decisión cautelar, (...) es un criterio que en todo caso debe aplicarse combinando el serio fundamento de lo que a través de él se deduzca y la no menos seria percepción y convicción de que lo deducido es meramente provisional, que no prejuzga en absoluto el fondo del asunto.

CHINCHILLA MARÍN, en el mismo sentido señala que el *fumus boni iuris* “no debe ser la causa determinante de la adopción de las medidas cautelares”⁹¹, esto es así ya que en su opinión las medidas cautelares están al servicio de la efectividad de la tutela judicial, por lo que se justifica su adopción cuando son necesarias para garantizar tal efectividad, por cuanto, existe el peligro que por la demora del proceso, la posible sentencia estimatoria devenga imposible, por ello el *periculum in mora* sí es un requisito necesario para adoptar la medida cautelar “y no porque aparentemente se litigue con razón”⁹². Sin embargo, la misma autora, en otra publicación, reconoce que echa de menos en la redacción del artículo 130 el requisito de *fumus boni iuris*.

Para intentar sustentar la opinión de CHINCHILLA MARÍN, debemos en primer lugar citar el Auto del Tribunal Supremos de 17 de marzo de 1995⁹³, mediante el cual se deniega la suspensión por falta de acreditación sobre qué daños y perjuicios se iban a producir en caso de no obtener la medida solicitada a lo que añade que la “existencia de un ‘fumus boni iuris’ no puede ser por sí solo 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, requisito este fundamental y básico”. Tal y como expresa CHINCHILLA MARÍN, el *fumus boni iuris* no es un requisito absoluto ni determinante, sin embargo es necesario y complementario al resto, especialmente, como se ha visto, el *periculum in mora*. En segundo lugar, debemos destacar que entrar a valorar la apariencia de buen derecho no puede significar, de ningún modo, evaluar si el que solicita la medida cautelar litiga con razón o no, porque si fuera así, se estaría prejuzgando el fondo del asunto, dicho de otro modo, se estaría preanunciando y determinando la decisión definitiva. Así las cosas, por salvaguardar el derecho fundamental de recibir la tutela judicial efectiva se estaría vulnerando el derecho a tener un proceso con las debidas garantías de prueba y contradicción, ambos recogidos en el mismo precepto constitucional - artículo 24 CE-. Sobre esta cuestión, el Auto de 19 de mayo de 2008 del Tribunal Supremo afirma que:

En esa misma línea se decanta el Tribunal Constitucional al sostener que no cabe, por tanto, prejuzgar el fondo del asunto por lo que son ajenas al incidente cautelar las

⁹¹ CHINCHILLA MARÍN, C. “Las medidas cautelares... *Op. cit.*, p.154.

⁹² CHINCHILLA MARÍN, C. “Las medidas cautelares... *Ibidem*.

⁹³ Se ha de advertir que el Auto citado es anterior a la LJCA de 1998, ya que los criterios de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, como estamos viendo en el presente estudio, se contemplan como requisitos expresamente en la jurisprudencia de lo Contencioso-administrativo desde el giro que provoca el Auto de 20 de diciembre de 1990.

cuestiones que corresponde resolver al proceso principal (STC 148/1993, 29 de abril, ATS 22 de octubre de 2002).

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008, parece que al querer justificar la aplicación de la apariencia de buen derecho como requisito, afirme que los requisitos *fumus boni iuris* y *periculum in mora* son necesariamente compatibles.

El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho es considerado en el Derecho común de la justicia cautelar como un requisito exigible para que pueda adoptarse una resolución de esta naturaleza. No parece que quien manifiestamente carece de razón a *limine litis* [en el umbral del proceso] pueda resultar perjudicado por el retraso en obtener una resolución de fondo.

Consideramos que la apariencia de buen derecho debería haberse contemplado como requisito en el artículo 130 de la LJCA, juntamente con el resto de presupuestos de adopción, “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 tomar una decisión acertada”⁹⁴.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 21 de enero de 2002 en la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, se pronunció ante un recurso de casación sobre cuáles son los criterios que el juzgador debe considerar en la adopción de las medidas cautelares necesarias al procedimiento:

En definitiva, a la hora de decidir si procede otorgar la justicia cautelar hay que empezar por comprobar si concurren los dos presupuestos indicados: ‘*periculum in mora*’ y ‘*fumus boni iuris*’; y una vez comprobado que, efectivamente, se dan esos presupuestos, el operador jurídico deberá pasar a valorar los hechos desde la perspectiva del interés general, lo que, por lo demás, es criterio que ha de presidir siempre la actividad hermenéutica en el ámbito del derecho administrativo. De aquí que no pueda decirse que esta valoración del interés general constituya, propiamente, un presupuesto más para la adopción de la medida, sino modo operativo normal, y también inexcusable para la aplicación del derecho administrativo.

Como es de ver, la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, más que un requisito, consideramos que es un principio general que debe estar presente en la decisión de adopción de la medida cautelar. En otras palabras, “el carácter

⁹⁴ CHINCHILLA MARÍN, C. “Comentarios a ... *Op. cit.*, p. 875.

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”⁹⁵. En consecuencia, se deben tener en cuenta conjuntamente todos los requisitos exigidos –en concreto, *periculum in mora* y *fumus boni iuris*-, estando éstos sometidos a las circunstancias concretas del caso y a la ponderación de todos los intereses afectados.

1.4 *Artículo 136, las medidas cautelares de régimen especial: Solución a situaciones de inactividad o vía de hecho.*

El artículo 136 de la LJCA regula un régimen propio de medidas cautelares cuando el objeto de impugnación es una actividad o vía de hecho administrativa, a tal efecto establece:

1. En los supuestos de los artículos 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 en forma circunstanciada.

2. En los supuestos del apartado anterior, las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente. En tal caso el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. En los tres días siguientes, el Secretario judicial convocará la comparecencia a la que hace referencia el artículo anterior.

De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido.

En los preceptos anteriormente estudiados - 129 y 130-, hemos visto cómo el legislador establece un marco general en el que enfatiza la importancia de la relación existente entre las medidas cautelares y la garantía de recibir una tutela judicial efectiva, por ello, fija una cláusula innominada de medidas cautelares. En el artículo 130, se establecen los requisitos para la adopción de medidas cautelares pero únicamente para los recursos interpuestos contra actos y disposiciones generales. Se ha de notar que de su redacción -“la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando (...)”- se desprende que la adopción de dichas medidas no es preceptiva aunque se cumplan todos y cada uno de los requisitos que se recogen en

⁹⁵ CHINCHILLA MARÍN, C. “Comentarios a ... *Op. cit.*, p. 874.

el propio artículo⁹⁶ - . En cambio, el artículo 136 presenta un régimen cautelar totalmente distinto, no sólo porque se refiere a los recursos contra la inactividad de la administración y supuestos de vía de hecho, sino que la medida cautelar de manera preceptiva siempre que se cumplan los requisitos que establece el propio artículo, en consecuencia, únicamente podrá denegarse si se aprecia “con evidencia” que no concurren los requisitos de los artículos 29 y 30 de la LJCA, excepcionalmente si se genera una perturbación grave a los intereses generales o de tercero. Además, en estos casos, pueden solicitarse las medidas cautelares, incluso, antes de interponer el recurso. Estas principales diferencias son la razón por la que la Doctrina define este artículo como de “régimen especial”. Por lo tanto, se adoptará la medida cautelar solicitada, según este artículo, cuando se cumplan los supuestos definidos en los artículos 29 y 30⁹⁷ de esta misma Ley. Pero es que la adopción de medidas cautelares en los casos de inactividad o vía de hecho, no responde a la misma necesidad que en los casos del régimen común de los artículos 129 y 130. La diferencia entre ambas regulaciones responde, por un lado, a la regla de la presunción de validez y ejecutividad de los actos administrativos y, por otro lado, a que los supuestos recogidos en los artículos 29 y 30 se refieren a la inactividad administrativa o vía de hecho “por lo que la Administración habría

⁹⁶ Consideramos oportuno dejar claro que la afirmación que sostenemos en relación con la no preceptividad de la adopción de la medida cautelar no es incompatible con la afirmación que hemos realizado en epígrafes anteriores sobre que la LJCA hace que la adopción de las medidas cautelares sea la regla y no la excepción – a diferencia de lo que sucedía en la legislación precedente. Y ello por cuanto concebir las medidas como algo no excepcional, según nuestro posicionamiento, no implica un derecho absoluto a la concesión de la medida, es decir, no implica que se haya de conceder siempre. Nos remitimos a lo dicho en relación con la necesidad de la ponderación de todos los intereses implicados.

⁹⁷ Se ha de recordar que el artículo 29 de la LJCA establece que:

1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78.

Por su parte, el artículo 30 de la misma Ley establece que:

En caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo.

incurrido en una ilegalidad tal que no puede presumirse válida ni, por tanto, merecedora del privilegio de la autotutela”⁹⁸.

En consecuencia, la regulación relativa a las medidas cautelares de régimen general parte de una presunción a favor de la Administración, por ello el recurrente deberá demostrar que concurren los requisitos exigidos para que el órgano jurisdiccional le otorgue la medida cautelar solicitada. En cambio, en las de régimen especial, se parte de la presunción legal que establece que la actuación de la Administración – casos de inactividad y vía de hecho- es ilegal, por tanto, esta presunción juega a favor del administrado: “la medida cautelar se adoptará salvo...”. El legislador entiende que la ilegalidad de los supuestos recogidos en los artículos 29 y 30 de la LJCA son de tal gravedad, que: “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”⁹⁹.

La perturbación grave a los intereses generales o de tercero se añade como otra excepción para no adoptar la medida cautelar. Podría parecer la única similitud con el artículo 130 de la LJCA, pero si se analiza el tenor literal de la redacción, en el primer supuesto, el verbo está conjugado de manera condicional: el juez “podrá” denegar – es decir, aun en el supuesto de que se dañen gravemente los intereses generales, el juez podría acordar la concesión de la medida-, en cambio, el artículo 136, contiene un mandato: si se dan estas perturbaciones no se adoptará la medida cautelar. Sin embargo, el legislador reitera, en ambos casos, que ésta debe ser una decisión ponderada circunstanciadamente¹⁰⁰.

Ahora debemos dar un paso más en las diferencias entre estos dos regímenes establecidos en la LJCA, ya que “el mecanismo de adopción del artículo 136 es completamente distinto (...) sobre todo, porque el presupuesto de adopción de las medidas cautelares del artículo 136 de la Ley es el *fumus boni iuris*”¹⁰¹, por lo que se ha de abandonar el requisito del *periculum in mora*. Entendemos que el único presupuesto de adopción de las medidas cautelares es el *fumus boni iuris*, por la misma redacción del artículo 136, las medidas se adoptarán “salvo” que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en los artículos 29 y 30, “lo

⁹⁸ CHINCHILLA MARÍN, C. “Comentarios a ... *Op. cit.*, p. 892.

⁹⁹ CHINCHILLA MARÍN, C. “Las medidas cautelares... *Op. cit.*, p.150.

¹⁰⁰ Sobre la perturbación grave de intereses generales o a terceros, nos remitimos a lo ya dicho sobre este concepto en el apartado correspondiente del artículo 130.

¹⁰¹ CHINCHILLA MARÍN, C. “Las medidas cautelares... *Op. cit.*, p.150.

que *a sensu contrario* significa no ya que bastará con la apariencia de que se dan las indicadas circunstancias para que las medidas cautelares sean otorgadas, sino que será suficiente con que no exista evidencia de contrario”¹⁰². Por tanto, hablamos de *fumus boni iuris*, porque partimos de la presunción a favor del administrado para adoptar la medida cautelar, salvo que exista la apariencia de mal derecho, es decir, que no se dan los requisitos exigidos.

Cuando hablábamos de la apariencia de buen derecho como requisito exigido, por la jurisprudencia y por el ordenamiento procesal civil, para la adopción de las medidas cautelares, llegábamos a la conclusión que éste no podía ser un requisito absoluto y que necesitaba de la complicidad con el resto, especialmente el *periculum in mora*. Este peligro fundamenta la adopción de medidas cautelares, ya que pone en riesgo el derecho a recibir una tutela judicial efectiva. Pero en el régimen especial tal y como está recogido en el artículo 136, no se aprecia *a priori* que se trate de proteger la tutela judicial efectiva, parece, más bien, que estemos ante “la regulación propia y específica de un interdicto administrativo al que impropia mente han denominado ‘medidas cautelares’”¹⁰³.

Pues bien, CHINCHILLA MARÍN, advirtiendo esta problemática, la intenta salvar afirmando que realmente son tutela cautelar y que forman parte del derecho a recibir una tutela judicial efectiva, considerando que en los supuestos de hecho recogidos en los artículos 29 y 30 “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 (...)”¹⁰⁴. De este razonamiento puede entenderse que se da por hecho el *periculum in mora*, que existe desde el mismo momento en que se genera la ilegalidad por parte de la administración.

Se ha de advertir que cuando se solicita la suspensión tiene por finalidad que el bien jurídico no se vea afectado por la ejecutividad del acto o disposición general objeto de recurso y por ello se ha de evidenciar que existe el peligro de que la sentencia favorable devenga inefectiva por los daños que se generarán de no adoptarse la medida cautelar; pero es que en los casos de inactividad administrativa o vía de hecho, los daños ya están siendo generados y el tiempo puede agravar aún más la situación. Sin embargo, recordando que esta es una materia casuística, consideramos que podría darse el supuesto de que en la ejecución de un acto o

¹⁰² CHINCHILLA MARÍN, C. “Comentarios a ... *Op. cit.*, p. 892.

¹⁰³ CHINCHILLA MARÍN, C. “Las medidas cautelares... *Op. cit.*, p.151.

¹⁰⁴ CHINCHILLA MARÍN, C. “Las medidas cautelares... *Ibidem*.

disposición general se genere una situación más grave que en materia de inactividad o vía de hecho, gozando ésta última de un trato más favorable por la presunción de ilegalidad de la actuación administrativa. No obstante, pensamos que el estudio del artículo 136 ha de insertarse en la proclamación genérica que se contiene en el apartado primero del artículo 129 y que tal y como se señala en la Exposición de Motivos de la norma no puede más que entenderse estas medidas cautelares como salvaguarda del derecho a obtener una tutela judicial efectiva.

Sin embargo, GONZÁLEZ PÉREZ entiende todo lo contrario, afirma rotundamente que “lo que no se exige es acreditar el *periculum in mora* ni el *fumus boni iuris*”. En relación con el *fumus boni iuris*, compartimos en parte, que del tenor literal del artículo 136 no parece que se exija acreditar esa apariencia de buen derecho para adoptar las medidas cautelares. Ya que el requisito, al fin y al cabo, es que se acredite debidamente que el objeto del recurso es una inactividad de la Administración conforme a las características establecidas en el artículo 29 o vía de hecho conforme a los requisitos del artículo 30. Por lo que, entendemos que *stricto sensu* no se ha de acreditar una apariencia ni un humo de buen derecho, sino que se ha de demostrar, simplemente, que se cumplen los requisitos de los artículos 29 y 30.

Por su parte, CHINCHILLA MARÍN considerando que el proceder del artículo 136 es poco afortunado, entre otros, realiza la siguiente observación:

si las circunstancias del caso son tales que se puede apreciar con evidencia que no se dan las situaciones previstas en los artículos 29 y 30, entonces no es que no proceda adoptar las medidas cautelares solicitadas, es que no debería haberse admitido el recurso, ya que según el artículo 51.3 de la Ley, la evidencia de que no se dan las referidas circunstancias es causa de inadmisión del recurso contra la inactividad o vía de hecho. Así, pues, la excepción contemplada en el artículo 136.1 tiene sentido solamente para los supuestos en los que las medidas cautelares se solicitan antes de la interposición del recurso¹⁰⁵.

Por lo tanto, bajo este razonamiento, parece que una vez admitido el recurso contencioso-administrativo, el juzgador no podría denegar la concesión de la medida cautelar en virtud de la cláusula “salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos”, por cuanto, estaría contradiciéndose a sí mismo al haber admitido a trámite la interposición.

¹⁰⁵ CHINCHILLA MARÍN, C. “Comentarios a... *Ibidem*.”

Claro queda, que este artículo dispone un régimen especial ya que da respuesta a una situación distinta, CHINCHILLA MARÍN añade que estas medidas “se configuran, pues, en esta Ley no como una excepción o límite al principio de ejecutividad, sino como una inversión total de dicho principio”¹⁰⁶.

Expuesto todo lo anterior, no cabe dudar del gran paso que da la presente normativa en relación con la anterior, pasando de la suspensión como única medida cautelar y de manera estrictamente excepcional, a preveer que puedan adoptarse cuantas medidas cautelares sean necesarias para garantizar en el caso concreto la efectividad de la tutela judicial efectiva, por ello, se agradece que el legislador no haya querido tipificar las medidas cautelares ni tampoco recogerlas en un precepto *numerus clausus*.

La Exposición de Motivos al abordar los requisitos materiales para la adopción de las medidas cautelares lo hace bajo el paraguas de una regulación común. Sin embargo, después de estudiar la regulación positiva y jurisprudencia dictada al respecto, podemos concluir que existen dos principios básicos rectores comunes para todos los supuestos. En primer lugar, que (i) la adopción de la medida cautelar ha de responder a garantizar la eficacia de la sentencia, es decir, a salvaguardar el derecho a recibir la tutela judicial efectiva y, en segundo lugar, que (ii) la adopción de la medida cautelar es, en gran medida, fruto de la ponderación de los intereses en conflicto. Estos principios presiden un sistema formado por dos modelos o regímenes de medidas cautelares en función del objeto del recurso. Cuando lo recurrido es un acto o disposición general estaremos en el sistema de base o común regulado, concretamente, en el artículo 129 y 130. En cambio, cuando el objeto del recurso sea la inactividad de la administración o la vía de hecho estaremos en el sistema o régimen especial, regulado específicamente en el artículo 136. Tal y como se ha visto, el sistema base o común tiene por protagonista el *periculum in mora* como requisito principal y el *fumus boni iuris*, que gracias a la jurisprudencia, principalmente, ostenta un papel secundario, pero no por ello menos importante. Sin embargo, en el régimen especial, el *fumus boni iuris* es requisito suficiente. La regulación de estos dos sistemas presenta, tal y como hemos visto en el análisis del articulado, algún que otro inconveniente, por ello, no podemos más que concluir con CHINCHILLA MARÍN en cuanto que “hubiese sido más oportuno establecer un régimen jurídico único y común para todas las medidas cautelares, y dejar en manos de los

¹⁰⁶ CHINCHILLA MARÍN, C. “Las medidas cautelares... *Ibidem*.”

órganos judiciales la tarea de establecer las diferencias que las circunstancias singulares del recurso reclamen en cada caso¹⁰⁷”.

2. El artículo 200 bis ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?¹⁰⁸

Una vez expuesto y estudiado el panorama normativo de las medidas cautelares en sede de lo contencioso-administrativo, nos encontramos en disposición de abordar el análisis del nuevo precepto para hacer efectiva la deuda de la administración pública e intentar despejar la incógnita de si nos encontramos ante un nuevo supuesto de medidas cautelares o, como ha apuntado algún autor, ante un procedimiento monitorio administrativo.

A tal efecto, en primer lugar, hemos de situarnos en el contexto socio-económico en el que se inserta esta nueva medida legislativa. Según anunciábamos en la introducción del presente estudio, el punto de partida es una situación de crisis y endeudamiento endémico tanto del Sector público como del privado. No obstante, según nuestro modo de ver y, en definitiva, la morosidad perjudica en mayor grado al Sector público que a las empresas. En situación de crisis, las empresas tienen un nivel de demanda bajo –actualmente nulo- en relación con tiempos de expansión o estabilización de la economía. La mora del pago de los contratos celebrados, perjudica a las empresas, afectando, sobretodo a su *cash-flow*, dificultando que la empresa lleve al día el pago de sus gastos y mantenga su nivel de producción. No obstante, en épocas de crecimiento económico, si la empresa mantiene constante su demanda y cuenta con mecanismos solventes de financiación como el *factoring*¹⁰⁹, puede ser acertado contratar con la Administración Pública morosa, gracias a algunas ventajas como los intereses de demora y costes de cobro –pagados con los tributos del contribuyente-. Además, que ello implica, en gran medida, una ventaja competitiva, ya que a la hora de contratar con la Administración Pública, las empresas con mayores recursos tienen más posibilidades de soportar los costes ya inherentes a la contratación con el Sector público, que las pequeñas y medianas

¹⁰⁷ CHINCHILLA MARÍN, C. “Las medidas cautelares... *Ibidem*.”

¹⁰⁸ Silvia DEL SAZ utiliza esta expresión para cuestionar que la nueva LCSP haya transpuesto correctamente las Directivas de contratación europeas.

¹⁰⁹ El factoring es un servicio financiero, dedicado principalmente a la gestión y administración de los cobros de los clientes de la empresa que contrata este servicio. El factoring sin recurso, es aquel que asume el riesgo de la insolvencia del deudor.

empresas¹¹⁰. Sin embargo, entendemos que en última instancia, las consecuencias de la morosidad de la administración son de mayor gravedad para la sociedad en su conjunto que para el acreedor, ya que estamos adquiriendo bienes y servicios por un coste mayor al debido, por culpa de la mora en el cumplimiento de la obligación de pago. En otras palabras, “retrasar los pagos no supone, obviamente, ahorro alguno para la Administración, sino un innecesario e improductivo incremento de los costes por los bienes y servicios adquiridos gravemente lesivo, en último término para los propios intereses públicos”¹¹¹.

2.1 Contextualización de la Ley 15/2010 de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

2.1.1 Influencia de la Comunidad europea en la lucha contra la morosidad.

La Unión Europea lleva mucho tiempo insistiendo en la lucha contra la morosidad tanto en el Sector público como en el privado, así como también resaltando la importancia de que la contratación pública sea eficiente. Ejemplo de que ello – de la importancia que muestran las autoridades europeas en lograr un sistema eficaz de contratación pública-, es el pronunciamiento de la Comisión Europea, que expone lo siguiente:

Una política efectiva de contratación pública es fundamental para que el mercado interior alcance sus objetivos: generar crecimiento sostenido a largo plazo, crear empleo, favorecer el desarrollo de empresas capaces de explotar las posibilidades ofrecidas por el mayor mercado integrado del mundo y de afrontar eficazmente la competitividad en los

¹¹⁰ El Preámbulo de la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, expresa lo siguiente:

Los efectos de la crisis económica se han traducido en un aumento de impagos, retrasos y prórrogas en la liquidación de facturas vencidas, que está afectando a todos los sectores. En especial, está afectando a las pequeñas y medianas empresas, que funcionan con gran dependencia al crédito a corto plazo y con unas limitaciones de tesorería que hacen especialmente complicada su actividad en el contexto económico actual.

¹¹¹ DIEGO DE CARLOS, A.; JIMÉNEZ DÍAZ, A. “La nueva regulación de la morosidad de la Administración Pública: criterios prácticos de aplicación del régimen transitorio de la Ley 15/2010”. *Diario La Ley*, núm. 7472, 2010, p.3.

mercados globales y permitir que el contribuyente y los usuarios obtengan servicios públicos de mejor calidad a menor costo¹¹².

El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea en la Directiva 2000/35/CE de 29 de junio, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales – en adelante Directiva 2000/35/CE¹¹³-, realiza la siguiente consideración:

La morosidad representa un obstáculo cada vez más fuerte para el éxito del mercado interior (...) Onerosas cargas administrativas y financieras pesan sobre las empresas, y especialmente sobre las pequeñas y medianas, debido a los plazos de pago excesivos y a la morosidad. Estos problemas son además una de las principales causas de la insolvencia que amenaza la propia supervivencia de las empresas y se traduce en la pérdida de numerosos puestos de trabajo (...) Las estadísticas más recientes indican que, en el mejor de los casos, en muchos Estados miembros no ha habido mejoras en materia de morosidad desde la adopción de la Recomendación de 12 de mayo de 1995 (...). Las consecuencias de la morosidad sólo pueden ser disuasorias si van acompañadas de procedimientos de reclamación rápidos y eficaces para el acreedor (...).

Las consideraciones vertidas, primero en el Libro Verde y, después plasmadas en la Directiva 2000/35/CE, dieron lugar a nuestra Ley 3/2004 de 29 de diciembre por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales - en adelante, referida como Ley 3/2004¹¹⁴-. Sin embargo, la última consideración citada –sobre los procedimientos de reclamación rápidos y eficaces- no ha visto la luz – *a priori*- hasta la modificación operada por la Ley 15/2010, en lo que concierne al Sector público.

Recientemente, el legislador europeo ha procedido a elaborar una nueva Directiva sobre la materia: la Directiva 2011/7/UE de 16 de febrero de 2011¹¹⁵, que ha de transponerse el 16 de marzo de 2013 a más tardar, y que todavía no ha sido transpuesta al ordenamiento español.

¹¹² COMISIÓN EUROPEA. Libro Verde: “La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro”. [Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de Noviembre de 1996, a propuesta del Sr. Monti], p. 2.

¹¹³ Directiva 2000/35/CE de 29 de junio, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Publicada en el *DOCE*, núm. L 200 de 8 de agosto de 2000.

¹¹⁴ Ley 3/2004 de 29 de diciembre por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales Publicada en el *BOE*, núm. 314 de 30 de diciembre de 2004.

¹¹⁵ Directiva 2011/7/UE de 16 de febrero de 2011 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Publicada en el *DOUE*, núm. L 48 de 23 de febrero de 2011.

2.1.2 El legislador español quiso llevar la delantera a la UE publicando la Ley 15/2010 de modificación de la Ley 3/2004 que establece medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales.

El legislador español con anterioridad a que la UE publicara la nueva Directiva 2011/7/UE, procedió a reformar la Ley 3/2004, mediante la Ley 15/2010, mediante la cual se modificaron otras normativas como la LCSP. El legislador no quiso esperar las soluciones por parte de las autoridades europeas, habida cuenta de la delicada y compleja situación económica, sobretodo en el ámbito de medianas y pequeñas empresas, donde los impagos aumentan y hacen imposible la sostenibilidad de éstas, viéndose muchas de ellas avocadas al cierre y al despido de trabajadores. Así las cosas, se han querido anticipar las posibles soluciones al problema de la morosidad en operaciones comerciales, ya sean de ámbito privado como público, con la reforma operada por la Ley 15/2010; pues se había hecho evidente que ni la Ley 3/2004 ni la Directiva 2000/35, habían dado los resultados esperados.

La Ley prevé, a grandes rasgos, la reducción de los plazos de pago, tanto respecto a las Administraciones Públicas como en relación con las empresas privadas. Por otra parte, según se ha avanzado, modifica la LCSP, añadiendo un nuevo artículo 200 *bis* por el que se regula el novedoso procedimiento, que se planteó para hacer efectivas las deudas del Sector público de un modo más rápido y eficaz, contemplando, en principio, un escenario más favorable al administrado, y otros mecanismos de transparencia en materia de obligaciones de pago del Sector público, como la obligación para las administraciones locales de disponer un registro de facturas.

En nuestra opinión estas medidas no llegan anticipadamente – sin perjuicio de que se dictase una Ley que en cierto modo se adelanta a determinadas previsiones europeas-, más bien tarde, si su finalidad es adaptarse a los cambios del entorno económico, como establece el preámbulo de la misma Ley. Además, de llegar tarde, cuestionamos que en la situación actual puedan ser efectivas, se necesitaría una cierta estabilidad y sanar el endeudamiento actual y, con posterioridad a ello, poner en marcha los mecanismos propuestos por la Ley 15/2010, entre otros.

Pues bien, dada la gravedad de la situación económica tras la aprobación de la Ley 15/2010, el Gobierno no tuvo más opción que acudir a mecanismos extraordinarios para proceder al pago de las deudas con los proveedores, con el objetivo de saldar el máximo de deudas posibles y, en cierto modo, intentar empezar de cero. No

obstante, aun en el hipotético supuesto de que se consiguiera un estado ideal en que no existiera deuda con los proveedores, según nuestro parecer, se necesitaría una modificación radical de la normativa de la “gestión financiero-presupuestaria de las Administraciones Públicas introduciendo criterios rigurosos y procedimientos de verificación profesionales en la asunción de obligaciones contractuales y en la estructuración del pago de las mismas”¹¹⁶, además de un cambio profundo social hacia la cultura del pronto pago.

En consecuencia, se ha de advertir que “(...) las propias dificultades que atravesamos, que afectan no sólo a las empresas, sino también a las Administraciones Públicas –que están altamente endeudadas- puede hacer ineficaz la reforma de la Ley de la Morosidad”¹¹⁷ en la actualidad.

Expuesto lo anterior, a continuación abordaremos el estudio de una de esas medidas que se han introducido en nuestro ordenamiento con el propósito de paliar la morosidad del sector público y que es el artículo 200 *bis* de la antigua LCSP.

2.2 *El artículo 200 bis introducido por Ley 15/2010, en la LCSP.*

Tal y como anteriormente explicábamos, la reducción de plazos de pago es una medida insuficiente para corregir la sistemática práctica morosa de nuestro Sector Público, por ello se entendía imprescindible la introducción de este precepto, como instrumento jurisdiccional necesario para garantizar el cumplimiento de la Ley por parte de las Administraciones, en otras palabras, que cumplan su obligación de pago en el tiempo estipulado¹¹⁸.

Una de las novedades más significativas de La Ley 15/2010¹¹⁹, es la introducción mediante su artículo tercero apartado segundo, del artículo 200 *bis* en la LCSP, - ya

¹¹⁶ DORREGO DE CARLOS, A.; JIMÉNEZ DÍAZ, A. *Op. cit.*, p.2.

¹¹⁷ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.A.; RECUERDA GIRELA, M.A. “Problemas de aplicación de la nueva Ley de Morosidad y su especial incidencia en los contratos del sector público”. *REDA*, num. 150, 2011, p. 333.

¹¹⁸ Otro ejemplo de instrumento de lucha contra la morosidad impulsado por el Gobierno, ya anunciado, es el procedimiento extraordinario de financiación para el pago a los proveedores del Sector público, específicamente, en relación a lo establecido en el Acuerdo 6/2012, de 6 de marzo, del Consejo de Política Fiscal y Financiera por el que se fijan las líneas generales de un mecanismo extraordinario de financiación para el pago a los proveedores de las Comunidades autónomas.

¹¹⁹ En la tramitación parlamentaria de esta Ley, en relación con la introducción del artículo 200 *bis*, hubieron tres enmiendas –la número 30, 40 y 49-, a nuestro juicio poco significativas. No obstante, vale la pena significar, que el Grupo Parlamentario Socialista, mediante la enmienda número 40, propuso no abordar el procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones

derogada-. La legislación vigente en esta materia está recogida en el TRLCSP donde la redacción del 200 *bis* se encuentra en el artículo 217, con el siguiente tenor literal:

Transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 216.4 de esta Ley, los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, de los intereses de demora. Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera contestado, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda. El órgano judicial adoptará la medida cautelar, salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última. La sentencia condenará en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro.

2.2.1 *¿Silencio administrativo: reducimos plazo y atribuimos contenido? ¿Estamos ante un supuesto de inactividad administrativa?*

El artículo objeto de comentario comienza de la siguiente manera: “Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera contestado, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago.” Este inciso recoge una de las novedades más ventajosas para el administrado -acreedor de una deuda con la administración-, por un lado, tras el requerimiento de pago, siempre y cuando la Administración no responda, éste no deberá esperar tres meses para poder acudir a lo contencioso-administrativo, bastará uno. Por otro lado, el legislador atribuye el valor jurídico de reconocimiento del vencimiento del plazo de pago al mes transcurrido¹²⁰.

La novedad y confusión que está generando la redacción del artículo 217 del TRLCSP, es que se atribuye consecuencias jurídicas al tiempo que debe transcurrir

Públicas mediante la Ley que se estaba tramitando, pero introducir una disposición mediante la que el Gobierno quedaba comprometido a modificar la LCSP en el plazo de 3 meses y regular el referido procedimiento. La motivación fue la siguiente: “Se trata de un asunto complejo que requiere un mayor estudio y conocimiento de las implicaciones sobre los agentes que operan en el sector (...).”

BOCG, *Congreso de los Diputados*, núm. 169/14, de 10 de diciembre de 2009, p. 16.

¹²⁰ Se ha de notar que DORREGO DE CARLOS y JIMÉNEZ DÍAZ al analizar este artículo consideran que el valor jurídico que atribuye la ley al tiempo transcurrido sin respuesta de la Administración equivale al reconocimiento de la deuda. En concreto, los autores señalan que se atribuye “*ex lege* a dicho silencio administrativo el valor jurídico de un reconocimiento de deuda de la administración”. Sin entrar de momento a considerar la referencia que se hace al silencio administrativo, no podemos compartir en ningún caso, la conclusión alcanzada por ellos en la equiparación entre el reconocimiento del vencimiento de la deuda y el reconocimiento de la misma, ya que tampoco se fundamenta en ninguna argumentación jurídica, simplemente se limita a una afirmación.

DORREGO DE CARLOS, A.; JIMÉNEZ DÍAZ, A. *Op. cit.*, p.8.

para que el interesado pueda acudir a la vía judicial. Atribuir consecuencias a la inactividad es una figura totalmente novedosa, piénsese, que los tres meses clásicos ex artículo 29 de la LJCA, únicamente facultaban a acudir a los Tribunales, sin que ello llevara aparejado reconocimiento o consecuencia alguna. Hasta ahora, la atribución de consecuencias –ya sean negativas o positivas- únicamente ha venido de la mano de la figura del silencio administrativo. Sentado lo anterior, ha de dejarse claro desde el principio, que la Ley no habla, en ningún caso, de silencio administrativo, que es totalmente distinta a la figura de la inactividad, por cuanto una cosa es la obligación legal de resolver en virtud del artículo 42 de la Ley 30/1992¹²¹, y, otra bien distinta, es la obligación legal de la Administración de actuar en virtud de disposición general, acto contrato o convenio administrativo, recogido en el artículo 29.1 de la LJCA.

Se ha de destacar de un lado, que el mismo artículo 217 del TRLCSP habla de “formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración” y de otro, que parte de la doctrina¹²² –que se ha pronunciado al respecto- nos habla de silencio administrativo al estudiar este precepto, seguramente por lo dicho anteriormente en relación con la atribución de consecuencias jurídicas a un hecho definido por la Ley. El silencio administrativo y la inactividad son figuras distintas y –hasta ahora desde la entrada en vigor de la Ley 29/98- incompatibles entre ellas, por dar respuesta a supuestos diferentes.

Sin embargo, en su estudio, el artículo 217 del TRLCSP aparece como un híbrido, un tanto confuso, entre ambas figuras. El problema está en la misma redacción del 217 del TRLCSP cuando dice “si (...) la Administración no hubiera contestado, se entenderá reconocido”, ello es propio del silencio administrativo, no solo por atribuirle una consecuencia jurídica como venimos diciendo, sino también, porque a diferencia de la inactividad, aunque la Administración responda a la solicitud de pago, mientras no pague seguiremos estando en el supuesto de inactividad, ya que la Administración no ha dado cumplimiento a lo solicitado ni ha llegado a un acuerdo con los interesados, tal y como exige el artículo 29 de la LJCA. Nótese, que el artículo 29 requiere que la Administración no haya cumplido con la obligación solicitada, en lugar de exigir –como lo hace el 217 del TRLCSP - que la Administración conteste a la petición de pago.

¹²¹ Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Publicada en el BOE, núm. 285 de 27 de noviembre de 1992.

¹²² En este sentido el artículo citado de *DORREGO DE CARLOS y JIMÉNEZ DÍAZ* y, también, el de *GARCÍA-TREVIJANO GARNICA y RECUERDA GIRELA*.

Sobre esta problemática, nos encontramos con la explicación de GARCÍA-TREVIJANO GARNICA y RECUERDA GIRELA, que consideramos que ejemplifica la confusión que encierra este artículo:

Esta previsión (...) permite la interposición de recurso contencioso-administrativo, por la vía de la inactividad de la Administración (art. 29 de la Ley 29/1998, de 13 de abril), pasado un mes desde que ésta haya sido requerida para el pago debido sin contestación; se reduce por tanto el plazo general del recurso contencioso por inactividad. Esta medida supone por tanto la reducción del plazo del silencio administrativo en estos casos de tres meses a un mes. Si la Administración contesta en plazo y se opone al pago se podrá iniciar igualmente un proceso contencioso-administrativo, pero no por inactividad (STC 228/2006, de 17 de julio). Por tanto, entendemos que la vía de la inactividad cabe: en dos supuestos: primero, que la Administración no conteste; segundo, que reconozca la obligación pero no pague¹²³.

Este comentario, a nuestro parecer, cae en varias contradicciones, en primer lugar, porque empieza hablando de una reducción del plazo general del recurso por inactividad y seguidamente afirma la reducción del plazo del silencio administrativo, entendemos, tal y como venimos reiterando, que no estamos en un supuesto de silencio administrativo, pero en todo caso, si se afirma que es silencio administrativo, no cabe hablar también de inactividad. No obstante, como ya indicábamos, el artículo 217 del TRLCSP al poner el acento en la no contestación de la administración y no en el pago de la deuda en si mismo, nos lleva a confundir las dos figuras. En segundo lugar, entra en contradicción al sostener que la administración al contestar en plazo, pero no pagar, ya no se podrá recurrir por inactividad, y a continuación afirmar que la vía de inactividad cabe en el caso de que la Administración reconozca la obligación pero no pague. Por otro lado, destacar que la Sentencia del TC en la que se apoyan los autores, trata sobre un supuesto en el que la Administración deniega expresamente una petición que fue recurrida por inactividad, en el recurso de amparo, el Tribunal Constitucional confirma la inadmisión del recurso por inactividad, ya que la Administración ya ha resuelto, y en todo caso, debería recurrirse la resolución que deniega la solicitud. En consecuencia, pensamos que este pronunciamiento nada tiene que ver con la cuestión que nos ocupa, ya que en el referido supuesto era manifiestamente evidente que la vía procesal escogida no era la adecuada.

En definitiva, sostenemos claramente, que sí podremos formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la administración, cuando ésta no

¹²³ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.A.; RECUERDA GIRELA, M.A. *Op. cit.*, p. 355.

cumpla su obligación de pago, con independencia de si se contesta o no a la solicitud. Siguiendo la misma línea y dando una vuelta de tuerca más, compartimos la opinión de HERVÁS MÁS en el siguiente argumento:

Sería incorrecta una interpretación basada en un supuesto de silencio administrativo positivo, puesto que de serlo, primero tendría que anular el acto presunto para poder estimar las alegaciones de la administración en el juicio oponiéndose a la medida cautelar, hecho que no es posible si nos atenemos a la redacción literal del artículo puesto que precisamente prevé la posibilidad de que la administración se pueda oponer a la petición de la medida cautelar (...) Podemos concluir que el vencimiento del pago supondría una justificación del pago inmediato como base de la medida cautelar¹²⁴.

HERVÁS MÁS nos da en este argumento una razón más para rechazar la interpretación del artículo 217 del TRLCSP basada en la reducción del plazo del silencio administrativo, en cuanto a que este precepto lleva consigo la opción de solicitar el pago de la deuda como medida cautelar, a la que la Administración puede oponerse, sin que el haber ignorado la reclamación del pago se lo impida; por ello, no puede establecerse el silencio administrativo positivo al mes trascurrido, y también, como venimos repitiendo, por que la inactividad de la administración es en relación con su obligación de pago, no de resolver la reclamación. En las próximas líneas al hablar de los requisitos para la adopción de la medida cautelar prevista en el 217 del TRLCSP contemplaremos al igual que HERVÁS MÁS, que el transcurso del mes sin que la Administración resuelva únicamente implica el reconocimiento del vencimiento del pago y la posibilidad de acudir a la vía judicial.

Después de todo lo dicho, si algo queda claro, es que la redacción del 200 *bis* – actual 217 del TRLCSP- no fue muy acertada, ya que invita a todos a la confusión. Por ello, entendemos necesario acudir a la interpretación teleológica de la norma y tener en cuenta que este artículo persigue instaurar un proceso para hacer efectivas las deudas de la administración¹²⁵ de forma más rápida y eficaz, por lo que no dudamos que la voluntad del legislador es plantear un escenario más favorable para el administrado, pese a que puede parecer un panorama algo desconcertante.

¹²⁴ HERVÁS MÁS, J. "Capítulo XXV: Ejecución de los contratos: derechos y obligaciones de las partes". En: CATALÁ MARTÍ, J.V. (Coord.). *La contratación de las Administraciones Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*. Navarra: Aranzadi, 2012, p.595 y ss.

¹²⁵ Ha de advertirse, que el TRLCSP, donde se encuentra insertado el artículo 217, regula solamente las relaciones contractuales de determinados sujetos del Sector Público: las Administraciones públicas *stricto sensu*, pero no todos. Sobre este respecto vid.: ARROYO Díez, A. "Instrumentos contra la morosidad de las Administraciones Públicas". *IURIS, Actualidad Práctica del Derecho*, núm. 164, octubre 2011.

2.2.2 *Requisitos para el pago como medida cautelar.*

De la misma redacción del artículo, se desprenden tres requisitos para que el órgano jurisdiccional ordene el pago inmediato de la deuda como media cautelar:

- (i) El acreedor debe reclamar la deuda por escrito.
- (ii) Que la administración morosa no resuelva la solicitud de pago –ni proceda al pago de toda la cantidad adeudada- en el plazo de un mes.
- (iii) Que la administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago. En el caso que la administración acredite que la deuda que se le requiere no se corresponde a la debida, éste no será motivo para no conceder la media cautelar, sino que se ajustará a la cantidad que el órgano jurisdiccional entienda exigible.

Es importante destacar que la adopción de la media cautelar, en este nuevo supuesto, además de ser la norma general, es preceptiva, ya que procederá en todo caso siempre que se den estos requisitos. De forma que, solo será admisible la denegación del pago inmediato de la deuda cuando la Administración acredite – requisitos no acumulativos-:

- a) Que no concurren las circunstancias que justifiquen el pago, o
- b) Que la cuantía solicitada en la reclamación por escrito no es la debida.

Entendemos, que para que el órgano jurisdiccional rechace la medida cautelar en base al supuesto a) la Administración deberá demostrar fehacientemente las razones por las que no se justifica el pago. Esperamos que los Tribunales sean restrictivos a la hora de excepcionar la medida cautelar cuando la administración alegue que no se dan circunstancias para justificar el pago. Cuando la alegación verse sobre el supuesto b) - que la cuantía solicitada no es la exigible-, la administración debería igualmente, bajo nuestro parecer, pagar la cantidad que considera debida. En este caso, la cantidad de la deuda que quede pendiente – no reconocida por la Administración- será la cantidad debatida en el recurso contra la inactividad administrativa.

Se ha de tener muy presente que pese a estar en un supuesto de inactividad, es totalmente novedoso y estamos en un supuesto especial, por tanto, se han de dejar atrás los requisitos exigidos en el artículo 136 – *fumus boni iuris* y la no perturbación a los intereses generales o de terceros-.

Si definitivamente asumimos que el 217 del TRLCSP contempla la inactividad administrativa en el supuesto de incumplimiento de pago, en virtud del artículo 29 LJCA, reduciendo los tres meses de plazo a un mes para este caso, entonces “parece claro que regula un nuevo y especial supuesto de inactividad de la administración”¹²⁶. Por tanto, el 217 del TRLCSP se ha de poner en relación directa con el artículo 29 LJCA.

2.3 ENMIENDA de Doña María Itziar Pericas Estrada al artículo 217 del TRLCSP.

La Alumna Doña María Itziar Pericas Estrada, al amparo del estudio realizado en el presente Trabajo Final de Carrera y con la finalidad de obtener la Licenciatura en Derecho formula la siguiente enmienda al artículo 217 del TRLCSP.

ENMIENDA

De modificación.

Con el siguiente tenor literal:

“Artículo 217. La orden de pago como medida cautelar cuando el supuesto de inactividad sea el impago de las deudas de las Administraciones públicas:

Transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 216.4 de esta Ley, los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, de los intereses de demora. Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera procedido al pago de totalidad de la deuda exigida, los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda. El órgano judicial adoptará la medida cautelar, salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago. La sentencia condenará en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro”.

JUSTIFICACIÓN

Siendo coherentes con la afirmación sobre que la controversia en relación con este precepto surge de su propia redacción, queremos concluir el presente trabajo con una propuesta de enmienda a este artículo.

¹²⁶ HERVÁS MÁS, J. *Op. cit.*, p.595 y ss.

En primer lugar, proponemos el cambio del título del artículo, que literalmente señala: “procedimiento para hacer efectivas las deudas”. Esta rúbrica es, precisamente, uno de los puntos que ha llevado a muchos a pensar que el precepto se trata de un procedimiento monitorio contencioso-administrativo, por lo que las deudas con la administración podrían adquirir la condición de título ejecutivo. No obstante, como hemos visto, nada queda más lejos de la realidad, ya que el cuerpo del artículo lo que establece es una orden de pago como una medida cautelar y, por tanto, provisional, por lo que ni si quiera constituye un pago definitivo. Por ello, proponemos una modificación del título en el siguiente sentido:

“La orden de pago como medida cautelar cuando el supuesto de inactividad sea el impago de las deudas de las Administraciones públicas”.

En segundo lugar, y, en lo que se refiere ya al redactado del propio precepto, proponemos eliminar el reconocimiento al vencimiento del plazo de la deuda, en concreto el inciso: “se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago”; ya que, para decidir sobre la adopción de la medida cautelar, dicho reconocimiento – atribuido por ley- no aporta nada al juzgador. Consideramos que, este reconocimiento, origina, también, confusión pues induce a dudar sobre cuál es la figura contemplada en este artículo – factor de equivocidad en relación con el silencio administrativo-.

En tercer lugar, proponemos sustituir el inciso: “Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera contestado” por el siguiente:

“Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera procedido al pago de totalidad de la deuda exigida”.

Entendemos que sería de mayor rigurosidad por cuanto – transcurrido el mes-, el requisito para interponer el recurso de inactividad no debe ser que la Administración no hubiera contestado, sino que la Administración no haya efectuado el pago de la cantidad total que se le reclama, esto es, el cumplimiento de la prestación que está obligada a realizar en virtud de contrato, acto, convenio o disposición de carácter general que no precise actos de aplicación.

En cuarto lugar, no estamos de acuerdo con que Ley imponga al juez limitar la cuantía de la medida cautelar cuando la Administración acredite que la cuantía reclamada no se corresponde a la exigible. Bajo nuestra opinión, si la Administración acredita una cantidad debida al oponerse a la adopción de la medida cautelar, lo mínimo sería, que la Administración pagase esa deuda reconocida y que el juez tuviera la facultad de ponderar si ordena el pago inmediato del resto de deuda que la Administración no reconoce pero el acreedor acredita o no. Por ello, pensamos que

debe eliminarse de la norma el inciso: “o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última”. Ya que, en todo caso, si la Administración quiere argumentar que la cantidad reclamada no es la exigible, ello se puede subsumir en el inciso: “salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago”.

Por último, no podemos dejar de llamar la atención sobre la incorrecta ubicación del precepto, nos encontramos ante una medida estrictamente procesal insertada desafortunadamente en la LCSP – ahora Texto Refundido-, por tanto, también, hubiésemos considerado más pertinente que este artículo se recogiera en la LJCA, ya que así afectaría a todas las deudas contraídas con todos los entes del sector público o como mínimo, cambiar la ubicación del precepto en el propio TRLCSP, del Título IV: “Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”, al Título I: “Disposiciones generales sobre la contratación del Sector público y los elementos estructurales de los contratos”.

Conclusiones

El derecho fundamental a recibir la tutela judicial necesita de un sistema cautelar suficiente para ser efectiva, tal y como garantiza nuestra Constitución. Como hemos visto, en España hasta la regulación de 1998, las medidas cautelares en lo contencioso-administrativo dejaban mucho que desear, no sólo por una normativa insuficiente – ya que se limitaba a establecer la suspensión como única medida cautelar, de carácter excepcional, solo prevista para determinados supuestos donde la ejecución del acto podía conllevar daños imposibles de reparar- sino también por una jurisprudencia que parecía hacer oídos sordos al artículo 24 de la Constitución, aplicando restrictivamente el artículo 122 de la LJCA de 1956. Además, al entender que la suspensión era la única medida cautelar posible, la jurisprudencia dejaba desamparados ciertos supuestos, como por ejemplo, cuando lo impugnado eran actos denegatorios.

Sin embargo, en 1990, la jurisprudencia española se quiso adherir a lo dicho por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el famoso caso *Factortame*, provocando así un giro jurisprudencial, que contemplaba la urgencia y el buen derecho como presupuestos de adopción. Además, se tuvo en cuenta por nuestros Tribunales la regulación comunitaria por la que - en todos los ámbitos- se ha de permitir la adopción de cuantas medidas cautelares sean necesarias. No obstante, este giro amparado por el Tribunal Constitucional no arrastró a toda la jurisprudencia, por ello necesitábamos urgentemente una nueva regulación, que vio la luz en 1998.

La vigente LJCA introduce grandes cambios, dejando atrás la excepcionalidad que suponía la adopción de la medida cautelar en la anterior legislación. De los artículos estudiados, distinguimos la existencia de dos sistemas cautelares en función del objeto del recurso, si lo impugnado es un acto o disposición general estaremos en el régimen general – artículos 129.2 y 130-, si en cambio estamos ante recursos contra la inactividad y vía de hecho hablaremos del régimen especial – artículo 136-.

Debemos recalcar que en ambos regímenes hay dos principios rectores, en primer lugar, (i) se reconoce la posibilidad de adoptar cuantas medidas sean necesarias para salvaguardar la efectividad de la sentencia y, en segundo lugar, que en (ii) toda decisión cautelar debe nacer de la ponderación de todos los intereses en conflicto.

La Ley añade a la ponderación de los intereses, distintos requisitos para cada uno de los sistemas, en el régimen general se exige acreditar el *periculum in mora* – en la redacción se expresa como “perder su finalidad legítima al recurso”- que ha sido aplicado por la jurisprudencia de la mano del clásico criterio económico de daños y perjuicios de imposible o difícil reparación, pese a la crítica realizada a esta doctrina, lo cierto es que en cierta medida, éstos son una manifestación del peligro existente, que en caso de no otorgar la medida cautelar, provocaría que la sentencia de fallo estimatorio no fuese efectiva, lo importante es que no se confundan los términos “reparar” y “resarcir”.

En el régimen general, pese a que la ley no lo requiere, la jurisprudencia introduce – a partir del caso *Factortame*- la apariencia de buen derecho como requisito complementario para la adopción de las medidas cautelares. Además la ley, prevé que pueda denegarse la medida cautelar en caso de que se perturben gravemente intereses generales o de terceros. Por lo que, pensamos que el legislador persigue que se tengan en cuenta el máximo de factores que afectan al caso concreto por parte del juzgador a la hora de tomar su decisión sobre medidas cautelares.

Por otra parte, se ha de destacar la previsión legal que permite solicitar las medidas cautelares que sean necesarias en casos de inactividad y vía de hecho previsto en el artículo 136 LJCA – régimen especial- que serán de adopción preceptiva siempre y cuando se cumplan los requisitos de inactividad y vía de hecho previstos, respectivamente, en los artículos 29 y 30 de la LJCA, salvo que el Juez en la ponderación de intereses generales o de tercero entienda que se generaría una grave perturbación de éstos. Es precisamente este artículo el que da cobijo al novedoso precepto 217 del TRLCSP, que prevé la orden de pago inmediato de la deuda pendiente de la administración como medida cautelar.

En el estudio del artículo 217 del TRLCSP hemos querido resolver la problemática que se da en la doctrina sobre si estamos ante un supuesto de inactividad o silencio administrativo o un híbrido de ambos. En nuestra opinión, estamos ante un claro supuesto de inactividad administrativa, pese a que al tiempo transcurrido desde la reclamación de pago se le atribuya la consecuencia jurídica de reconocimiento del vencimiento del pago.

Sin embargo, después del análisis del artículo 217 del TRLCSP, ha quedado claro que la razón de la controversia está en la propia redacción, por ello,

proponemos como conclusión final de nuestro Trabajo Final de Carrera – y en base a todo lo argumentado en el cuerpo del mismo-, una nueva redacción del precepto que es la siguiente:

“Artículo 217. La orden de pago como medida cautelar cuando el supuesto de inactividad sea el impago de las deudas de las Administraciones públicas:

Transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 216.4 de esta Ley, los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, de los intereses de demora. Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera procedido al pago de totalidad de la deuda exigida, los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda. El órgano judicial adoptará la medida cautelar, salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago. La sentencia condenará en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro”.

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

A) Normativa.

Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre 1956. Publicada en el *BOE*, núm. 363 de 28 de diciembre de 1956.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. Versión original [on line] <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm#founding>

Ley del procedimiento administrativo, de 17 de julio de 1958. Publicada en el *BOE*, núm. 171 de 18 de julio de 1958.

Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Publicada en el *BOE*, núm. 285 de 27 de noviembre de 1992.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Publicada en el *BOE*, núm. 167 de 14 de julio de 1998.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicada en el *BOE* núm. 7 de 8 de enero de 2000.

Directiva 2000/35/CE de 29 de junio, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Publicada en el *DOCE*, núm. L 200 de 8 de agosto de 2000.

Ley 3/2004 de 29 de diciembre por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales Publicada en el *BOE*, núm. 314 de 30 de diciembre de 2004.

Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Publicado en el *BOE* núm. 261 de 31 de octubre de 2007.

Ley 15/2010 de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Publicado en el *BOE* núm. 163 de 6 de julio de 2010.

Directiva 2011/7/UE de 16 de febrero de 2011 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Publicada en el *DOUE*, núm. L 48 de 23 de febrero de 2011.

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Publicado en el *BOE* núm. 276 de 16 de noviembre de 2011.

Acuerdo 6/2012, de 6 de marzo, del Consejo de Política Fiscal y Financiera por el que se fijan las líneas generales de un mecanismo extraordinario de financiación para el pago a los proveedores de las Comunidades autónomas.

B) Obras y publicaciones periódicas.

ARROYO DÍEZ, A. "Instrumentos contra la morosidad de las Administraciones Públicas". *IURIS, Actualidad Práctica del Derecho*, núm. 164, octubre 2011.

BACIGALUPO, M. *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo. (Antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998)*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

BERBEROFF AYUDA, D. "La Regulación de las Medidas Cautelares". *Actualidad Administrativa*, núm. 21, 2011.

CASES PALLARÉS, L. "La adopción de las medidas cautelares motivada en la nulidad de pleno derecho del acto administrativo". *REDA*, núm.76, 1992.

CHINCHILLA MARÍN, C. "Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998". *REDA*, núm. 100, 1999.

————— "Las medidas cautelares en el proceso Contencioso Administrativo en España". En: DAMSKY, I.A.; LÓPEZ OLVERA, M.A.; Y PÉREZ CRUZ, X.R. G. (Coords.). *Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Iberoamérica, México*. México: Asociación de Magistrados de Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos A. C., 2009. [on line] <http://www.tribunalcontenciosoax.gob.mx/libros/descargas/medidascautelarias/4.pdf>

CHIOVENDA, G. Notas a Cass. Roma, 7 marzo 1921, *Giur. Civ. E Comm.*, 1921, p.362. Citado por CHINCHILLA MARÍN, C. "Las medidas cautelares en el proceso Contencioso Administrativo en España". En: DAMSKY, I.A.; LÓPEZ OLVERA, M.A.; Y PÉREZ CRUZ, X.R. G. (Coords.). *Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Iberoamérica, México*. México: Asociación de Magistrados de Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos A. C., 2009. [on line] <http://www.tribunalcontenciosoax.gob.mx/libros/descargas/medidascautelarias/4.pdf>

COMISIÓN EUROPEA. Libro Verde: "La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro". [Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de Noviembre de 1996, a propuesta del Sr. Monti].

DIEGO DE CARLOS, A.; JIMÉNEZ DÍAZ, A. "La nueva regulación de la morosidad de la Administración Pública: criterios prácticos de aplicación del régimen transitorio de la Ley 15/2010". *Diario La Ley*, núm. 7472, 2010.

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

GARCÍA DE ENTERRIA, E. "Medidas cautelares positivas y disociación en el tiempo: el Auto de 21 de marzo de 1991, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco". *REDA*, núm. 71, 1992.

_____ "Hacia una medida cautelar ordinaria de pago". *RAP*, núm.142, 1997.

_____ "El fin del caso Factortame, la responsabilidad patrimonial final del Reino Unido". *RAP*, núm. 145, 1998.

_____ *La batalla por las medidas cautelares. Madrid: Civitas, 2006.*

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.A.; RECUERDA GIRELA, M.A. "Problemas de aplicación de la nueva Ley de Morosidad y su especial incidencia en los contratos del sector público". *REDA*, núm. 150, 2011, p. 333.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*. Madrid: Civitas, 2011.

HERVÁS MÁS, J. "Capítulo XXV: Ejecución de los contratos: derechos y obligaciones de las partes". En: Catalá Martí, J.V. (Coord.). *La contratación de las Administraciones Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*. Navarra: Aranzadi, 2012, p.595 y ss.

SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo. Parte General*. Madrid: Tecnos, 2009, p. 151.

TORNOS MAS, J. "Suspensión cautelar en el proceso Contencioso-Administrativo y doctrina jurisprudencial". *REDA*, núm.61, 1989.

C) Webgrafía, bases de datos y repertorios.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. CONGRESO. [on line] <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso>

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. [on line] <http://www.boe.es/>

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES. REVISTAS ELECTRÓNICAS. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas>

EUR-LEX. El Acceso al derecho de la Unión Europea: <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>

Todos los pronunciamientos judiciales estudiados en esta investigación y que han sido citados y oportunamente referenciados en los pies de página de este Trabajo final de carrera, y que constan relacionados íntegramente en el Anexo, han sido extraídos de:

Aranzadi. Fondos jurisprudenciales [*on line*] http://www.westlaw.es/index_spa.html?brand=nwles y, de los repertorios impresos, de la misma editorial, los pronunciamientos más antiguos.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. *Diccionario de la lengua española*. 22.ª edición, [*on line*] <http://www.rae.es/rae.html>

Anexo
Pronunciamientos jurisdiccionales

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno) de 19 junio 1990 - *The Queen contra Secretary of State for Transport ex party Factortame*, C-213/89

-

Auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 1996, Reino Unido vs. Comisión – asunto C-180/95-

Auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de julio de 1986, España vs. Consejo y Comisión, - asunto C-119/86-

Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 148/1993, de 29 de abril 1993

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 14/1992, de 10 de febrero de 1992

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 238/92 de 17 de diciembre de 1992

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 115/87 de 7 de julio 1987

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 66/1984, de 6 junio de 1984

Tribunal Supremo

Sentencias del Tribunal Supremo de de 23 de diciembre de 2008

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2008

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2008

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2008

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2007

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2007

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2007

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2007

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2006

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2006

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2004

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2004

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2003

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre 2003

Sentencia del Tribunal Supremo 11 de noviembre de 2003

Sentencia del Tribunal Supremo 12 de noviembre de 2003

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2003

Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2002

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2002

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1999

Sentencia del Tribunal Supremo 13 de marzo de 1999

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1999

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 diciembre de 1999

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1999

Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1998

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1998

Auto del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2008

Auto del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2007

Auto del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2006

Auto del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2006

Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 3.ª del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2003

Auto del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2002

Auto del Tribunal Supremo 22 de octubre de 2002

Auto del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2000

Auto del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2000

Autos del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1998

Autos del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1998

Auto número 678/1997 de la Sección séptima de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1998

Auto del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1996 de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo

Auto del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1995 número 2436/1995 de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso – Administrativo

Auto del Tribunal Supremos de 17 de marzo de 1995

Auto del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1994

Auto del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1994 número 278/1993 de la Sección séptima de la Sala de lo Contencioso – Administrativo

Auto del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992

Auto del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1991 núm. 4608/1991 de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso- Administrativo

Auto s/núm. del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1991 de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso –Administrativo.

Auto del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1991 de la Sección sexta de la Sala de lo Contencioso – Administrativo

Auto del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1991

Auto del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1990

Auto número 3588/1990 de la Sección sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1990

Auto de la Sección quinta de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990

Autos número 5730/1989 de la Sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de Julio de 1989

Auto número 6082/1989 de la Sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de Julio de 1989

Autos de la Sala cuarta del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1988 de lo Contencioso-Administrativo

Auto del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1988 de lo Contencioso-Administrativo

Auto del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1988 de lo Contencioso-Administrativo

Auto del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1988 de lo Contencioso-Administrativo

Auto del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1988

Auto del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1988 de lo Contencioso-Administrativo

Auto del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1988 de lo Contencioso-Administrativo

Autos número 8737/1988 del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1988

Auto del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1985 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo

Auto del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1982 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Auto del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1981

Auto de 13 de abril de 1981 de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo

Auto núm. 2508/1974 Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1974

Auto del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1972 núm. 3550/1972.

Auto del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1970 núm. 5374/1970.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Primera 131/2010, de 11 de febrero.

Corte Costituzionale della Repubblica italiana

Sentencia de la Corte Costituzionale número 190, de 26 de junio de 1985

