

LA SUSPENSIÓ DE L'EXECUCIÓ DE L'ACTE ADMINISTRATIU EN LA LLEI JURISDICCIONAL DE 1998

Juan B. Lorenzo de Membiela
Lletrat de l'Administració de la Seguretat Social

Sumari

- | | |
|---|---|
| I. Criteris de la doctrina sobre les mesures cautelars i la suspensió de l'acte en la Llei jurisdiccional contenciosa administrativa (LJCA) de 1956 | II. Criteris de la doctrina sobre les mesures cautelars i la suspensió de l'acte en la LJCA de 1998 |
| A) L'ampliació de les mesures cautelars en la LJCA de 1956 | A) Conceptuació jurisprudencial de la concurrència de danys de reparació impossible o difícil |
| B) Causes de la suspensió de l'execució de l'acte administratiu | a) Circumstàncies exigibles als danys |
| C) La suspensió automàtica de l'execució de l'acte mentre l'òrgan jurisdiccional resol l'incident | b) Reparació impossible o difícil |
| | B) Conceptuació jurisprudencial de la ponderació d'interessos en conflicte |

I. Criteris de la doctrina sobre les mesures cautelars i la suspensió de l'acte en la Llei jurisdiccional contenciosa administrativa (LJCA) de 1956

A) L'ampliació de les mesures cautelars en la LJCA de 1956

Sota la LJCA de 1956 i per la incidència de la doctrina jurisprudencial, es van recepcionar mesures cautelars diferents de la que preveu l'art. 122, la qual se centra, exclusivament, en la suspensió executiva de l'acte objecte de recurs.¹ Aquesta obertura queda palesa en l'ATS de 20 de desembre de 1990,² sobre la recepció de principis generals del dret comunitaris o unionistes,³ juntament amb la força expansiva de l'art. 24 de la Constitució espanyola (CE); el FJ segon exposava:

«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 cua-

1. La suspensió de l'acte no és exclusiva del procediment contenciós administratiu, ja que es troba recollida en la Llei de protecció jurisdiccional dels drets fonamentals, de 26 de desembre de 1978 (art. 7); en la Llei reguladora de les bases del règim local, de 2 d'abril de 1985 (art. 66 i 67) i en la Llei del sòl, de 26 de juny de 1992.

2. RJ 1990, 10412. Seguit posteriorment per la STC de 29 d'abril de 1993 (RTC 1993, 148).

3. Vid. García de Enterría, «La Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», a *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1990, núm. 67, pàg. 401 i seg.

Sens perjudici que alguns autors ja el van detectar en la jurisprudència espanyola, concretament en les STS de 27 de febrer de 1990 (RJ 1990, 1523) i de 20 de març de 1990 (RJ 1990, 2243), concretat en les ràtios: «La necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien tiene razón», al costat d'una altra que explicita: «Es la Administración la que corre el riesgo de la ejecución de un acto que no es firme, de suerte que el administrado no deberá sufrir perjuicio alguno por consecuencia de la actividad de la Administración que la revisión judicial posterior declara ilegal». Vid. García de Enterría, «La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del *fumus boni iuris* (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su transcendencia general», a *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1991, núm. 69 [s. p. però 65].

dras 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 (RCL 1956/1890 y NDL 18435)*. Pero este Tribunal Supremo debe añadir que los estrechos límites del artículo 122 de la Ley reguladora de esta jurisdicción tienen hoy que entenderse ampliados 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. 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 1990/12)*, 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 [...].»

Sobre aquesta habilitació, la normativa jurisdiccional espanyola es va equiparar a d'altres europees que consideraven l'adopció de mesures cautelars àmpliament: en el dret alemany,⁴ les que recullen l'art. 19, IV del GG, i els art. 47, 80.I.I i 123 del VwGO. En el dret francès⁵ es distingeix el *référé* administratiu que recullen els art. 102 i 103 del Codi de tribunals administratius (redactats d'acord amb la reforma de 2 de setembre de 1988), la urgència del qual causa l'adopció de mesures cautelars, com també les *surcis à execution* i la implantació del *référé provision*.⁶ En el dret italià, les que estableix l'art. 39 de la Llei del Consell d'Estat juntament amb les mesures típiques que conté el Codi processal civil, art. 700.⁷

En resum, l'ampliació de mesures cautelars va quedar fonamentada en dos postulats jurídics amb prou entitat per ser recollits per la jurisprudència indistintament:

Primer. A causa de la incidència directa de l'art. 24 de la CE, que consagra la tutela cautelar efectiva sobre l'executivitat de l'acte administratiu i explicitat per la durada del procés, el control del qual s'ha d'avançar a l'enjudiciament sobre el fons de l'assumpte.⁸ L'ATS de 28 de maig de 1991 plasmava aquesta tesi originàriament i,

4. Vid. Häring y de Hanisch, *Il giudizio cautelare amministrativo*, pàg. 45 i seg. i 66 i seg.; Eyer-mann-Fröhler, *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, 5a ed., pàg. 452 i seg. i 652 i seg. Kopp, *Verwaltungsgerichtsordnung mit Erläuterung*, 5a ed., 1981, pàg. 544 y 873 i seg., i K. Finkelnburg, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, 1973.

5. García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, 1989, pàg. 155 i seg.

6. Vid. Viargues, «Le référé-provision devant le juge administratif: bilan de la première année», a *Revue Française de Droit Administratif*, 1990, núm. 3, pàg. 345 i seg.

7. Vid. Perelló Doménech, «Las medidas cautelares en derecho comparado. Derecho alemán, derecho francés, derecho italiano y derecho comunitario», a *El Acto y el Procedimiento, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, Consell General del Poder Judicial, 1992, s. p. [però 331-45].

8. Sainz de Robles, «Reflexiones sobre el orden jurisdiccional contencioso-administrativo», a *Tapia*, 1991, núm. 12; i Pere Verdaguer, *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo, reformada por la Ley 10/1992*, 5a ed., Bosch, Barcelona, 1993, pàg. 697.

sobre aquesta, l'aplicació de les mesures cautelars que estableix l'art. 1428 de la LEC de 1881 en la redacció donada per la Novel·la de 6 d'agost de 1984,⁹ sobre la disposició addicional sisena de la LJCA de 1956.¹⁰ Vegeu d'aquesta manera la STC de 10 de febrer de 1992,¹¹ FJ setè, que estableix:

«Como ya se ha dicho, el embargo preventivo es decretado inaudita parte debitoris, pero ello no puede merecer reparo de inconstitucionalidad, pues en sí misma considerada la orden de embargo no es más que una medida cautelar, cuya emisión no requiere una plena certeza del derecho provisionalmente protegido, ni es forzoso tampoco que se oiga con antelación a quien la sufre (ATC 186/1983). Es más, la audiencia previa del afectado podría perjudicar en muchos supuestos la efectividad de la medida cautelar, y siempre la retrasaría en detrimento de su eficacia, lo cual podría llegar a menoscabar el derecho a tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 de la Constitución, pues la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso [...].»

I, entre d'altres, la STS de 18 d'octubre de 1999,¹² FJ segon:

«Esta posibilidad, la de adoptar una medida cautelar positiva distinta de la mera suspensión del acto recurrido es algo que autoriza el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoria de la Ley de esta Jurisdicción en virtud de la remisión operada por la disposición adicional sexta de esta última, tal y como ha venido a reconocer el Tribunal Supremo (Sección Sexta) en Auto de 2 de noviembre de 1993. Por lo demás, la potestad de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo de adoptar la medida cautelar de suspensión o cualquier otra admisible en nuestro ordenamiento procesal con fundamento en la apariencia de buen derecho de la pretensión actora, está unánimemente admitida por la doctrina y por la Jurisprudencia [...].»

Segon. Per la intervenció dels principis generals del dret, tant nacionals com unionistes, i la consagració de la doctrina del *fumus boni iuris*, exterioritzada en diversa doctrina judicial com ara l'ATS de 20 de desembre de 1990, ja esmentat, i seguit per diverses resolucions com ara l'ATS de 30 de setembre de 1998,¹³ FJ segon:

«Sin embargo, siendo destacable que dicho precepto se refiere a medidas cautelares indeterminadas que responden sustancialmente a la existencia de una apariencia de buen derecho, no debe descartarse la posibilidad de aplicar dichas medidas en este orden jurisdiccional, siempre que se dé lo que esencialmente viene a

9. Vid. Fairén Guillén, *La Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, juicio de menor cuantía, casación y otros aspectos fundamentales de la Ley de 6 de agosto de 1984*, 1a ed., Civitas, Madrid, 1985, pàg. 303 i seg.

10. Irurzum Montoro en el comentari a l'art. 129, a *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pàg. 1.014-5.

11. RTC 1992, 14.

12. RJ 1999, 8681.

13. RJ 1999, 1585.

*requerir el texto legal, esto es, que la nota de claridad exigida al principio de prueba por escrito permita apreciar la existencia del *fumus boni iuris* sin necesidad de razonamientos complementarios ni juicios de valor reservados a la resolución de la cuestión de fondo; *manifiesta apariencia de buen derecho exigible con mayor rigor, si cabe, en aquellos supuestos en que, como aquí sucede, se prescinde por razones de urgencia de la audiencia del demandado, haciendo uso anticipado de lo dispuesto en el artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio [...]*»*

I les STS de 28 d'abril de 1999,¹⁴ 13 de març de 1999,¹⁵ 4 d'octubre de 1996¹⁶ i 5 de juliol de 1996.¹⁷

Totes elles consagren, sobre *l'aparença del bon dret*, que les mesures cautelars contencioses tenen la finalitat d'impedir els abusos que es poden seguir de l'anomenat «privilegi d'autoexecució» sense precisar la concurrència d'elements subjectius en l'actuació de l'Administració pública: el bon dret no descansa, necessàriament, en un motiu concret com pot ser la mala fe contrària, però tampoc sobre una única causa àmplia com ara l'absència de bona fe de l'Administració, i per això es postula una anàlisi sumària de les circumstàncies concurrents.¹⁸

L'exegesi d'aquesta ampliació va ser la resposta de la jurisprudència davant la passivitat del legislador a elaborar un text jurisdiccional tal com va preveure la disposició addicional primera de la Llei orgànica del poder judicial. Això va motivar que la justícia material i la tutela cautelar s'imposessin sobre les previsions legals de l'art. 122 de la LJCA de 1956.¹⁹ A conseqüència d'això, la doctrina judicial va reconèixer aquesta ampliació cautelar en la STS 4 de novembre de 1999;²⁰ els ATSJ de Catalunya de 17 de desembre de 1993 i 20 d'octubre de 1998,²¹ i la STJ de Catalunya de 28 de maig de 1996,²² entre d'altres.

No es pot obviar en aquest estudi els qui van postular la derogació tàcita de l'art. 122 de la LJCA de 1956 perquè l'entenien contrari a l'art. 24 de la CE, específicament, per tal com contradiu el dret fonamental a la tutela judicial efectiva en limitar-se als condicionaments específics i exclusius de la mesura cautelar de suspensió de l'acte administratiu i pel fet d'exigir l'existència de perjudicis irreparables o de difícil reparació.²³

14. RJ 1999, 4628.

15. RJ 1999, 3152.

16. RJ 1996, 6988.

17. RJ 1996, 5641.

18. García de Enterría, «La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: La recepción del principio del *fumus boni iuris* (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su transcendencia general», a *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1991, 69, pàg. 65 i seg.

19. Irurzum Montoro en el comentari a l'art. 129, a *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, cit., pàg. 1.015, i Álvarez Cienfuegos Suárez, «Las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1998, 370, a http://caj.aranzadi.es:3000/e_basisbwdocs/hemerot/textos/comentarios.html.

20. RJ 1999, 9670.

21. RJCA 1993, 32; i RJCA 1998, 4116.

22. RJCA 1996, 545.

23. Agúndez Fernández, *Ley 29 de 13 de julio de 1998, del proceso contencioso-administrativo*, Comares, Granada, 2000, pàg. 773.

B) *Causas de la suspensió de l'execució de l'acte administratiu*

Al costat de l'ampliació de les mesures cautelars inaudites en la LJCA de 1956, una altra evolució doctrinal paral·lela és aquella que trasllada els pressupostos de la suspensió de l'art. 122 —perjudicis de reparació difícil o impossible— a la concurrència de l'anomenat *fumus boni iuris* o *aparença del bon dret*.²⁴

Efectivament, la suspensió de l'acte a l'empara de l'art. 122 era el resultat de ponderar la concurrència de dos interessos primordials: d'una banda, els danys o perjudicis de reparació difícil o impossible i, d'una altra, l'interès públic; *vid.* l'ATS de 21 de setembre de 1991,²⁵ que assenyala:

«Los dos criterios mencionados aparecen en nuestro ordenamiento jurídico: la Exposición de Motivos de la Ley jurisdiccional advierte que se debe ponderar ante todo la medida en que el interés público exija la ejecución y el art. 122.2 de la propia ley señala que procederá la suspensión cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.»

»Interés público, por una parte, y perjuicios, por otra, son, pues, los dos conceptos que, armonizados, determinarán la procedencia de la suspensión o improcedencia de la suspensión.»

Juntament amb altres com ara les derivades de la nul·litat de ple dret de l'acte administratiu impugnat, tal com ha sancionat la doctrina judicial en els ATS de 4 de juny de 1989, 1 de juny de 1990 i 4 de juny de 1991.²⁶

Tanmateix, la claredat del precepte que vertebrava la suspensió sobre la concurrència de perjudicis de reparació impossible o difícil és superada per la jurisprudència del Tribunal Suprem per dues vies:

A) Fonamentada en la concurrència de l'interès públic, criteri que supera el que estableix l'art. 122 de la LJCA de 1956, ja que consagra un concepte jurídic indeterminat que necessita ser traduït d'acord amb el conjunt de circumstàncies concurrents en cada supòsit concret.²⁷ Vegeu la STS 28 de desembre de 1999,²⁸ FJ tercer:

«El concepto jurídico indeterminado “daños o perjuicios de reparación imposible o difícil” ha de valorarse en cada caso en muy directa relación con el interés público presente en la actuación administrativa, debiendo ponderarse, como señala la Exposición de Motivos de la citada Ley, el grado en que el interés público exija la ejecución. Y así se ha podido afirmar que cuando las exigencias de ejecución que dicho interés público presenta son tenues, bastarán perjuicios de escasa entidad para

24. Pere Verdaguer, *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo, reformada por la Ley 10/1992, cit.*, pàg. 698, amb remissió a Coca Vita a «A vueltas con la suspensión de la ejecución de los actos administrativos», *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1992, 1.

25. RJ 1991, 6819.

26. RJ 1991, 4859.

Vid. Cases Pallares, «La adopción de las medidas cautelares motivada en la nulidad de pleno derecho del acto administrativo», a *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1992, núm. 76, s. p. [però 661].

27. Rodríguez-Arana Muñoz, «De nuevo sobre la suspensión judicial del acto administrativo», a *La Ley*, núm. 1213, 1991.

28. RJ 1999, 9617.

provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia sea de gran intensidad, sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución, en su caso.

»Es al interesado a quien corresponde la carga de acreditar indiciariamente la concurrencia de los daños o perjuicios que justifican su pretensión de suspender la ejecutividad, dado que la existencia de éstos es el hecho constitutivo de dicha pretensión.

»Y cuando el abogado del Estado se oponga a la misma, fundándose en que la oposición ocasionará “grave perturbación a los intereses públicos” la ley le exige que deberá concretarlos [...]»

Igualment, l'ATS de 24 de setembre de 1999.²⁹

L'interès públic adduït en aquesta primera posició inclou una finalitat doble: una primera com a factor d'aplicació del dret públic i una altra com a factor de legalitat de l'activitat administrativa.³⁰

B) A través de la concurrència del *fumus boni iuris* sobre dos requisits: una aparença raonable de bon dret en la part demandant juntament amb una falta de resposta seriosa de l'Administració que no desvirtuï aquella aparença; en aquest sentit, ATS de 8 de juny de 1999,³¹ FJ tercer:

«La apariencia de buen derecho (fumus boni iuris), como causa de suspensión del acto recurrido, precisa que concurren dos requisitos: una apariencia razonable de buen derecho en la posición del recurrente y una falta de contestación seria de la Administración que no destruya aquella apariencia. Para apreciar el requisito de la apariencia de buen derecho deben existir en las actuaciones datos relevantes que la justifiquen, sin necesidad de hacer un análisis en profundidad de la legalidad del acto impugnado (STS de 17 de octubre de 1995 [RJ 1995/7387] y 4 de marzo de 1996 [RJ 1996/2047]) [...]»

Tesi que sostenen, a més, les STS de 12 de novembre de 1999,³² 14 de desembre de 1999,³³ 13 de desembre de 1999³⁴ i l'ATS de 28 de setembre de 1999.³⁵

La pràctica judicial més actual sanciona aquest criteri com a determinant a l'hora de concedir la suspensió, i ha estimat que concorre ja sigui quan la lesió a la legalitat comesa per l'Administració pública sigui evident, o bé per la concurrència d'arguments jurisprudencials sòlids estimatoris del recurs interposat; vegeu l'ATS de 28 de setembre de 1999,³⁶ FJ quart:

«La apariencia de buen derecho (fumus boni iuris) ha sido acogida por la Sala como determinante de la suspensión del acto impugnado en supuestos muy concretos, en los que resultaba ab initio de una manifiesta evidencia la apariencia de lesión a

29. RJ 1999, 7510.

30. *Vid.* STS de 12 de maig de 1998, 1, 6 i 29 de juny de 1998 (RJ 1998, 4377; RJ 1998, 4387; i RJ 1998, 4563) i ATS com el de 21 de gener de 1997 (RJ 1997, 84).

31. RJ 1999, 10193.

32. RJ 1999, 10007.

33. RJ 1999, 9811.

34. RJ 1999, 9809.

35. RJ 1999, 8245.

36. RJ 1999, 8245.

la legalidad cometida por la Administración, o constaban sólidos antecedentes jurisprudenciales, en los que para casos iguales se habían dictado sentencias estimatorias de los respectivos recursos, circunstancias que no concurren en el supuesto enjuiciado.»

Es requereix una aparença manifesta ja que el contrari motivaria entrar en el fons de l'assumpte, cosa que desbordaria la naturalesa de les mesures cautelars.

En resum, les doctrines exposades impliquen una evolució doctrinal que supera posicions antigues del Tribunal Suprem, sintetitzades per Conde Martín de Hijas de la manera següent:³⁷

a) Consagració explícita de l'executivitat de l'acte administratiu, malgrat el recurs, ja que considera la suspensió d'aquell com una excepció a aquest principi.

b) Establiment de la suspensió de l'acte com a única mesura cautelar, encara que sense utilitzar aquesta darrera denominació.

c) Fixació, com a criteri per acordar la suspensió, que l'execució hagi d'ocasionar danys o perjudicis de reparació impossible o difícil, criteri d'una objectivitat indiscutible.

d) Consideració prevalent de la defensa de l'interès públic, fins a l'extrem que, malgrat l'existència dels possibles perjudicis que justifiquin la suspensió, aquesta pot no ser acordada, si els interessos públics poden patir una pertorbació greu.

e) Garantia dels perjudicis que poden derivar de la suspensió per a l'interès públic o d'un tercer mitjançant caucions suficients.

C) *La suspensió automàtica de l'execució de l'acte mentre l'òrgan jurisdiccional resol l'incident*

La STC de 20 de maig de 1996³⁸ admet la idoneïtat de la suspensió de l'acte administratiu en l'interval comprès entre la sol·licitud de suspensió i el moment en què l'òrgan jurisdiccional decideix. El FJ segon estableix:

«La ejecución inmediata de un acto administrativo es, pues, relevante desde la perspectiva del art. 24.1 de la CE ya que si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irreparablemente la decisión final del proceso causando una real indefensión. En consecuencia, el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación jurisdiccional de su denegación y si se ejercitó en el proceso debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica. “El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión” (STC 66/1984). Si, pues, hemos declarado que la tutela se satisface así, es lógico entender que mientras se toma aquella decisión

37. Cita recollida a Álvarez-Cienfuegos Suárez, «Las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998», dins *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1998, 370.

38. RTC 1996, 78.

no pueda impedirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en Juez. *Los obstáculos insalvables a esta fiscalización lesionan, por tanto, el derecho a la tutela judicial y justifican que, desde el art. 24.1 de la CE, se reinterpreten los preceptos aplicables como también dijimos en la STC 66/1984 [...]»*

El Tribunal Constitucional resol una qüestió polèmica sobre dos interessos enfrontats: el dels recurrents de trobar una protecció ràpida davant els excessos eventuals de l'Administració pública juntament amb la protecció de l'interès públic d'evitar comportaments abusius dels particulars que mediatitzin aquesta suspensió per al seu interès exclusiu i únic.

Davant l'omissió de qualsevol precepte tant en la Llei 30/1992, de 26 de novembre, com en la LJCA de 1956, l'única referència en el cabal legislatiu és la que conté el Reglament de procediment de les reclamacions economicoadministratives en els articles 74 a 77, en què exigeix caució suficient per la suspensió acordada. La solució que dona la doctrina rau, respecte al procediment administratiu general, en l'aplicació dels art. 93 a 102 i 111 a 138 de la Llei 30/1992, i dels art. 122 a 125 de la LJCA de 1956.³⁹ Tanmateix, la vocació generalista de la Sentència esmentada, evidenciada en alguns dels fonaments, s'hi restringeix posteriorment ja que només exigeix la suspensió en els procediments administratius sancionadors on es recorre una resolució ferma administrativa.

No obstant això, el parer de la doctrina estén el privilegi a tots els procediments contenciosos, ja que l'execució per l'Administració pública d'un acte administratiu objecte de recurs quan l'òrgan jurisdiccional decideix sobre la suspensió produirà una triple vulneració de preceptes constitucionals:⁴⁰

1. Infracció de l'article 24 de la CE, perquè l'execució d'un acte administratiu la decideixin els òrgans judicials.
2. Infracció de l'article 106 de la CE, ja que l'Administració està sotmesa al control dels tribunals.
3. Infracció de l'article 117 de la CE, perquè si l'Administració executa el que els tribunals estan jutjant envaeix il·legítimament la funció jurisdiccional que la Constitució els reserva amb caràcter exclusiu.

II. Criteris de la doctrina sobre les mesures cautelars i la suspensió de l'acte en la LJCA de 1998

La LJCA de 1998 reconeix en l'art. 129.1 l'aplicació de les qualificades mesures cautelars innominades com a consagració de la tutela cautelar efectiva. D'aquesta manera, el paràgraf primer estableix:

39. Vid. Morote Sarrión, «La suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos tras la sentencia del tribunal constitucional 78/1996, de 20 de mayo», a *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1997, núm. 94, s. p. [però 307].

40. Chinchilla Marín, «La tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo», a *El Acto y el Procedimiento. Cuadernos de Derecho Judicial*, Consell General del Poder Judicial, 1992, 7, s. p. [però 159-87].

«Les persones interessades poden sol·licitar en qualsevol estat del procés l'adopció de totes les mesures que assegurin l'efectivitat de la sentència.»

Alguns autors han vist en aquest apartat la incidència de l'art. 1428 de la LEC de 1881.⁴¹ Aquesta remissió a l'ampli ventall de mesures cautelars que conté la Llei processal civil s'ha de referir, un cop en vigor la LEC de 2000, al títol VI, capítol I, art. 727.⁴² Es reclama una atenció especial a l'apartat 11è del mateix article, on el que és genèric s'alça amb més força, cosa que denota la influència decisiva de l'art. 24.1 de la CE i la consagració de la tutela cautelar.

42. *Vid.* Rivero Ortega, «Medidas cautelares innominadas en lo contencioso administrativo», a *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1998, núm. 98, s. p. [però 271]; Calvo Rojas, «Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Medidas provisionálsimas y medidas cautelares positivas. Últimos avances en esta materia y algún exceso», a *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1994, núm. 83, s. p. [però 465]; Sainz Moreno, «Suspensión del acto administrativo y caución suficiente», a *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1977, núm. 15, s. p. [però 659]; Font i Llovet, «La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales», a *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1985, núm. 46, s. p. [però 309]; Ayuso Ruiz-Toledo, «Las medidas cautelares positivas en el orden contencioso-administrativo», a *El Acto y el Procedimiento, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, Consell General del Poder Judicial, 1992, s. p. [però 313-30]; i Lafuente Benache, «Ampliación de las medidas cautelares: la aplicación del artículo 1.428 de la Ley de enjuiciamiento civil al proceso contencioso-administrativo (Auto del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1993)», a *Revista General Informática del Derecho*, 1994, s. p. [però 4.983].

42. «1a L'embargament preventiu de béns, per assegurar l'execució de sentències de condemna al lliurament de quantitats de diners o de fruits, rendes i coses fungibles computables a metàl·lic per aplicació de preus certs.

Fora dels casos del paràgraf anterior, també serà procedent l'embargament preventiu si resulta una mesura idònia i no substituïble per una altra d'eficàcia igual o superior i menys onerosa per al demandat.

»2a La intervenció o l'administració judicials de béns productius, quan es pretengui una sentència de condemna a lliurar-los a títol de propietari, usufructuari o qualsevol altre que comporti interès legítim a mantenir o millorar la productivitat o quan la garantia d'aquesta sigui d'interès primordial per a l'efectivitat de la condemna que hi pugui recaure.

»3a El dipòsit de cosa moble, quan la demanda pretengui la condemna a lliurar-la i es trobi en possessió del demandat.

»4a La formació d'inventaris de béns, en les condicions que el tribunal disposi.

»5a L'anotació preventiva de demanda, si aquesta es refereix a béns o drets susceptibles d'inscripció en els registres públics.

»6a Altres anotacions registrals, en casos en què la publicitat registral sigui útil per al bon fi de l'execució.

»7a L'ordre judicial de cessar provisionalment una activitat; la d'abstenir-se temporalment de portar a terme una conducta; o la prohibició temporal d'interrompre o de cessar la realització d'una prestació que s'hi estigui portant a terme.

»8a La intervenció i el dipòsit d'ingressos obtinguts mitjançant una activitat que es consideri il·lícita i la prohibició o cessació dels quals es pretengui en la demanda, com també la consignació o el dipòsit de les quantitats que es reclamen en concepte de remuneració de la propietat intel·lectual.

»9a El dipòsit temporal d'exemplars de les obres o els objectes que es consideren produïts amb infracció de les normes sobre propietat intel·lectual i industrial, com també el dipòsit del material emprat per a la seva producció.

»10a La suspensió d'acords socials impugnats, quan el demandant o demandants representin, almenys, l'1 o el 5 per 100 del capital social, segons que la societat demandada hagi emès o no valors que, en el moment de la impugnació, siguin admesos a negociació en un mercat secundari oficial.

»11a Aquelles altres mesures que, per a la protecció de certs drets, preveuen expressament les lleis, o que s'estimen necessàries per assegurar l'efectivitat de la tutela judicial que es pugui atorgar en la sentència estimatòria que recaigui en el judici.»

Uns altres sectors, en canvi, rebutgen l'aplicació de la LEC en l'especificació d'aquestes mesures per diversos motius:⁴³

a) Per la inexistència d'una llacuna en la Llei jurisdiccional.

b) Pels diferents principis processals que invoquen cada una d'aquestes jurisdiccions: l'interès públic en la jurisdiccional; el dispositiu en la civil.

Tot i això, la controvèrsia exposada hauria de quedar resolta si observem que l'art. 4 de la LEC de 2000 imposa la seva aplicació supletòria respecte a la Llei jurisdiccional, idènticament a la manera com aplica la Llei de la jurisdicció, en la disposició final primera, la LEC davant buits procedimentals.

La simbiosi normativa entre ambdues normes processals ha estat sancionada per la jurisprudència en la STS de 18 de març de 2000,⁴⁴ FJ cinquè:

«En cualquier caso, se trataría de la adopción de una medida cautelar positiva, cuya procedencia ha declarado esta Sala en sus Autos de 2 y 19 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8768), 11 de enero y 26 de diciembre de 1994 (RJ 1995/498), y en sus Sentencias de 13 de marzo de 1999 (RJ 1999/3152) (recurso de casación 6337/1995), 28 de abril de 1999 (RJ 1999/4628) (recurso de casación 6741/1995) y 4 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9988) (recurso de casación 7018/1996), al venir tales medidas amparadas por lo dispuesto en los artículos 24.1 de la Constitución y 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permiten la adopción de todas aquellas tendentes a preservar la ejecución de lo resuelto en la sentencia que ponga fin al pleito, y que en la actualidad están expresamente recogidas, en armonía con esa doctrina jurisprudencial, por el artículo 129.1 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998/1741), Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [...]»

Des d'aquesta òptica es plasma en l'exposició de motius de la LJ de 1998, punt 5è, quan admet expressament l'adopció de qualsevol mesura cautelar, fins i tot les positives.⁴⁵

Quant als motius o les causes determinants de la suspensió de l'execució de l'acte, el Projecte de llei de la LJCA de 1998 preveia com a criteri el dubte raonable sobre la legalitat de l'activitat administrativa;⁴⁶ per tant, el legislador consagrava la doctrina del *fumus boni iuris* o aparença del bon dret. La Llei de la jurisdicció de 1998 s'aparta de l'antecedent incloent-hi un altre criteri. Intenta modificar, suposa-

43. Gutiérrez Delgado en el comentari a l'art. 129, a *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pàg. 1.017.

44. RJ 2000, 3075.

45. «A més, tenint en compte l'experiència dels darrers anys i la major amplitud que avui té l'objecte del recurs contenciós administratiu, la suspensió de la disposició o l'acte impugnat ja no pot constituir l'única mesura cautelar possible. La Llei introdueix en conseqüència la possibilitat d'adoptar qualsevol mesura cautelar, fins i tot les de caràcter positiu. Per a això no hi ha restriccions especials, atès el fonament comú a totes les mesures cautelars [...]»

46. Chinchilla Marín en el comentari a l'art. 129, a *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Civitas, Madrid, 1999, pàg. 863, i Rodríguez-Arana, «La suspensión judicial del acto administrativo en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», a *La Ley*, 1997, núm. 4.

dament, el criteri que sosté la Llei de 1956, substituint els *perjudicis de reparació impossible o difícil* pel de la *pèrdua de la finalitat legítima del recurs*.

Aquesta previsió ha estat objecte de diverses crítiques:⁴⁷ *a)* Una de lingüística, sobre la redacció de l'article 130.1 per l'ús de la paraula *legítima*. S'estima inapropiada sobre el raonament que un recurs no pot perseguir una finalitat que no sigui tal, i *b)* La pretesa fugida de la fórmula que empra el legislador en la Llei de 1956 —*danys de reparació difícil o impossible*— a causa de la no menys indeterminada pèrdua de la finalitat legítima del recurs.⁴⁸

Respecte a la primera, tot i que pot ser paradoxal l'al·lusió a la *legitimitat del recurs*, no cal desconèixer la possible *il·legitimitat* de la part recurrent que postula, mitjançant la iniciació de l'incident de suspensió una dilació abusiva —o, si es vol, inadequada— de l'execució de l'acte administratiu impugnat.

Pel que fa a la segona, es raona una continuïtat d'aquell criteri esgrimit per la doctrina sota la Llei jurisdiccional de 1956 sobre la concurrència tant del *periculum in mora* —perjudici ocasionat per la durada de la substanciació del procés— com per la ponderació de tots els interessos en conflicte. De tal manera que la causa normativa de l'article 130.1 de la Llei de la jurisdicció —pèrdua de la finalitat legítima del recurs— no significarà altra cosa que el manteniment dels postulats creats per la jurisprudència en interpretació de l'article 122 de la Llei jurisdiccional de 1956.

Aquesta conclusió no ens ha d'estranyar si l'exposició de motius de la LJ de 1998, ap. VI.5, manifesta: «El criteri per a la seva adopció consisteix en el fet que l'execució de l'acte o l'aplicació de la disposició pot fer perdre la finalitat del recurs o causar al recurrent perjudicis de reparació impossible o difícil, però sempre sobre la base d'una ponderació suficientment motivada de tots els interessos en conflicte [...]».

A un resultat idèntic arriba algun autor sobre una triple premissa: *a)* Per l'aplicació analògica de l'article 56.1 de la LOTC, que estableix: «hauria d'ocasionar un perjudici que faria perdre a l'empara la seva finalitat»,⁴⁹ *b)* El fet de raonar que si el recurs perd la seva finalitat legítima no pot substituir el criteri que esbossa l'article 122 de la LJ de 1956, sinó precisament aquest, complementat amb la tesi del *fumus boni iuris*, i *c)* La fórmula que empra el Projecte de llei, article 124.2,⁵⁰ rebutjada expressament, pot ser indicativa, per tant, del fet que les mesures cautelars i la suspensió no poden descansar, únicament, en l'aparença o *fumus* del bon dret a causa de l'única circumstància de tenir raó aparentment.

Sobre aquests antecedents cal determinar que per a l'adopció de les mesures cautelars s'han de ponderar els elements següents:

1. L'existència de danys de reparació impossible o difícil i, amb això, l'aparença del bon dret, ja que no cal estimar aquell sense que sigui estimat també aquest,

47. Chinchilla Marín en el comentari a l'art. 130, a *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998*, Civitas, Madrid, 1999, pàg. 870 i seg.

48. *Ibidem*, pàg. 871 i seg.

49. *Vid.* Rodríguez-Arana, «De nuevo sobre la suspensión judicial del acto administrativo (1986-87)», a *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1989, núm. 64, s. p. [però 639].

50. «L'adopció de mesures cautelars es podrà acordar quan hi hagi dubtes raonables sobre la legalitat de l'activitat administrativa a què es refereixin [...]».

tot i no admetre la denegació dels actes administratius que únicament es refeixen a un contingut econòmic i neguin l'existència de la irreparabilitat.⁵¹

2. Ponderació dels interessos en conflicte, que caldrà rebutjar en cas que la suspensió impliqui una pertorbació greu dels interessos generals o d'un tercer (article 130.1).⁵²

En la confluència dels interessos en conflicte cal diferenciar entre un conflicte de màxims, on s'enfronta l'interès públic que prové de l'execució de l'acte objecte de recurs amb el privat —postulant de la mesura cautelar—, la qual cosa té el risc d'ocasionar danys de reversió impossible o difícil davant la denegació de la suspensió. La prevalença de l'interès públic justificaria la denegació de la suspensió; ATS de 31 de juliol de 1990,⁵³ FJ primer:

«Esta Sala tiene reiteradamente declarado, en materia de suspensión de la ejecución de los actos administrativos, que hay que atender, para determinar la procedencia de acordarla, a dos criterios: interés público y dificultad de reparación de los daños o perjuicios que se pueden derivar de la ejecución, por lo que habrán de ponderarse, en todo caso, las circunstancias concurrentes, ya que la suspensión no puede imponerse a las exigencias del interés público, pues éste es prevalente en la medida en que el interés público, en concreto, exija precisamente el cumplimiento del acto o disposición cuestionada —autos de 21 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9675) y 5 de abril de 1988 (RJ 1988/2617) [...]»

Bé, l'ATS de 5 d'abril de 1988,⁵⁴ FJ primer:

«Al margen de los temas de fondo y partiendo del planteamiento formulado, la temática jurídica a resolver ha de constreñirse al ámbito material propio de la pretensión de suspensión en sentido estricto y atendiendo a los principios jurídicos que informan esta figura jurídica (como medida cautelar) y la de la ejecutividad administrativa, pues estos delimitan el ámbito de actuación razonable del juez administrativo de modo que su decisión no vaya en contra de lo que el interés público exija, dado que tal como ha dicho la Sala —Sentencia de 14 de diciembre de 1975 y Autos de 22 de enero de 1975, 15 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5365) y 21 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9675), etc.— habrán de ponderarse, en todo caso, las circunstancias concurrentes, ya que la suspensión no puede imponerse a las exigencias del interés público,

51. D'aquesta manera supera aquella doctrina jurisprudencial dictada sota l'art. 122 de la Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa de 1956, que definia els perjudicis de reparació difícil o impossible com aquells que es caracteritzen pel fet que no és possible quantificar-los econòmicament o pel seu caràcter irreversible (irreparable). *Vid.* Blasco Esteve, «La responsabilidad de la Administración por los daños causados por actos administrativos: Doctrina jurisprudencial», a *Revista de Administración Pública*, 1981, núm. 91, i Nonell Galindo, «Suspensión judicial de la ejecución de los actos de suspensión de acuerdos de las Corporaciones locales por infracción manifiesta de las leyes», a *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1981, núm. 29, s. p. [però 378].

52. La ponderació de l'interès ja havia estat objecte d'estudi per la doctrina; vegeu Rodríguez-Arana, «De nuevo sobre la suspensión judicial del acto administrativo (1986-87)», a *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1989, núm. 64, s. p. [però 639].

53. RJ 1990, 6825.

54. RJ 1988, 2617.

pues éste es prevalente en la medida en que el interés público, en concreto, exija precisamente el cumplimiento del acto o disposición cuestionada [...]»

Al costat d'un anomenat conflicte de mínims, on l'interès públic no quedaria compromès greument per la suspensió del privat, que toleraria raonablement l'execució de l'acte.⁵⁵

Tanmateix, tot i que aquest criteri és aplicable generalment, no en desconeixem altres manifestats en la pràctica judicial: usualment, en l'àmbit de les liquidacions tributàries sovint es decreta la mesura cautelar ja sigui tenint en compte la situació econòmica del recurrent o bé l'anomenada *suspensió automàtica amb fiança*,⁵⁶ tal com és acordada en via economicoadministrativa —*vid.* STS de 9 d'abril de 1999.⁵⁷

Respecte a aquesta darrera, és veritat que té el seu àmbit d'aplicació sobre l'article 75 del Reglament de procediment en les reclamacions economicoadministratives, aprovat pel Reial decret 391/1996, d'1 de març; per això, si s'estengués a altres supòsits, es transgredirien les previsions de la Llei 29/1998, art. 130.⁵⁸ No obstant això, sí que podria ser d'aplicació analògica als actes administratius recaptatoris de

55. Torres Fernández en el comentari a l'art. 130, a *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pàg. 1.032.

56. És a dir, d'acord amb l'art. 75, dipòsit en diner efectiu o en valors públics, aval o fiança de caràcter solidari prestat per un banc, una caixa d'estalvis, etc., o fiança personal i solidària per dos contribuents de la localitat, per a deutes tributaris de quantia molt reduïda. Però també, de conformitat amb l'art. 76.2, es pot donar la suspensió aportant garanties diferents de les que exigeix l'article 75 (dipòsit, aval bancari, de caixes d'estalvis, etc., o fiança solidària de dos subjectes passius, per a deutes molt reduïts), en cas que la persona interessada justifiqui que l'execució causaria perjudicis de reparació impossible o difícil i s'ofereixi una garantia suficient, de qualsevol mena.

57. RJ 1999, 2968; RJ 1999, 2973; i RJ 1999, 2971.

Tanmateix, la doctrina jurisprudencial rebutja aquest criteri quan l'única causa vàlida per a l'adopció de la mesura cautelar és la concurrència de perjudicis de reparació difícil o impossible; vegeu la STS de 10 d'abril de 1999 (RJ 1999, 2971), FJ tercer:

«Y el fundamento cuarto insiste en que procede la suspensión del acto administrativo de gestión o ejecución tributaria recurrido siempre que, habiendo sido suspendido en vía administrativa, se solicite en la vía jurisdiccional y se garantice el pago de la deuda tributaria con la amplitud que señala el art. 58 de la Ley General Tributaria (RCL 1963/2490 y NDL 15243) y en los términos establecidos por el art. 124 de la Ley de la Jurisdicción de 1956.

«Debe aclararse que la suspensión en vía jurisdiccional no se confunde con la que pueda haberse obtenido en vía administrativa, pues no existe un derecho indiscriminado para obtener la suspensión simplemente por la prestación u ofrecimiento de caución, sino sólo el reconocimiento implícito por la Administración de que la ejecución inmediata puede causar daños o perjuicios de difícil reparación. La caución, se dirá siempre, no es el título para obtener la suspensión, sino su consecuencia [...]»

58. *Vid.* ATS de 24 de març de 1994 (RJ 1994, 1891), FJ quart:

«La caución a que se refiere el art. 124 de la Ley de la Jurisdicción, no debe suponer por sí sola razón suficiente para acordar la suspensión como se aduce por la sociedad recurrente, sino que es preciso para enervar la ejecutividad del acto administrativo impugnado, como queda dicho, que se den los requisitos que exige el art. 122.2 de la Ley Jurisdiccional; esto es, que la ejecución hubiese de ocasionar daños y perjuicios y que éstos tengan el carácter, o naturaleza, de irreparables o de difícil reparación, presupuestos fácticos para que en unión de la apreciación por la Sala de poder resultar algún daño o perjuicio para los intereses públicos exigir aquella, pero nunca, para poder suplir la caución preexistente por sí sola, la ejecutividad del acto sin darse los presupuestos antes dichos ya que la Ley no exige la cobertura económica del contenido del acto, puesto que ello es el efecto de la suspensión cuando ésta se decreta con tal exigencia, sino la concurrència y acreditación que la ejecutividad del acto que se pretende sea suspendida, puede ocasionar daños y perjuicios de carácter y la naturaleza ya expresados [...]»

la Seguretat Social sobre la supletorietat que el Reglament general de recaptació dels recursos del sistema de 1995 preveu en la disposició final primera, 1r, al Reglament general de recaptació de l'Estat.

Les decisions denegatòries es fonamenten, d'una banda, en la necessitat que l'Administració pugui obtenir, en la forma deguda, els fons deguts. Un criteri que se sol aplicar en la denegació de la suspensió de l'acte administratiu recaptatori de la Seguretat Social; vegeu la STS de 9 de juny de 1989,⁵⁹ FJ primer:

«El acto administrativo cuya suspensión de efectos se cuestiona, consiste en la imposición de una sanción pecuniaria de 500.000 pesetas por infracción laboral. La escasa cuantía de la sanción hace poco lógica la afirmación del solicitante de la suspensión, acerca de que la inmediata ejecución de la misma causaría un grave perjuicio a su empresa de imposible o difícil reparación; máxime cuando con la solicitud no se ofrece la más mínima prueba sobre lo alegado exiguo volumen de venta, o posición que se adoptó por el Tribunal en los otros recursos pendientes, en relación a la efectividad de las demás sanciones que se dice le han sido impuestas. Por ello, al existir un claro interés público en la plena e inmediata efectividad de las y siendo la suspensión de la ejecutividad la excepción a la regla general contraria, hay que entender que no se había acreditado mínimamente la irreparabilidad o dificultad de los perjuicios, que se exige como requisito para la procedencia de la suspensión de la ejecución del acto impugnado en el art. 122 párr. 2 de la Ley Jurisdiccional (RCL 1956/1890 y NDL 18435) [...]»

També i, sobretot, per raó de l'exemplaritat, que modelen diferents formes d'affectació dels interessos generals en recursos interposats contra actes dictats en matèria sancionada. D'aquesta manera, és usual la no-suspensió de l'acte objecte de recurs sobre el criteri generalitzat que és exemplar la immediatesa de l'execució d'aquesta mena d'actes administratius sancionadors que comporten el restabliment de l'ordre públic pertorbat.⁶⁰ En trobem un exemple en l'ATS de 27 d'abril de 1999,⁶¹ FJ segon, que considera exemplar la no-suspensió de la sanció disciplinària en l'àmbit de la funció jurisdiccional, ja que l'interès general rau en la restauració dels valors i els principis innats en el bon funcionament de les institucions judicials.⁶² També la STS 16 d'abril de 1996,⁶³ FJ sisè, considera exemplar el manteniment d'una suspensió de l'autorització per explotar màquines recreatives i instal·lar-les sobre l'eficàcia de l'execució ràpida de les sancions imposades.

També la STS de 22 de novembre de 1988⁶⁴ i l'ATS de 8 de juliol de 1987.⁶⁵

Però altres tesis del Tribunal Suprem limiten l'exemplaritat sobre la falta de prova de la causació de danys de reparació impossible o difícil; vegeu l'ATS de 6 de febrer de 1989,⁶⁶ FJ únic:

59. RJ 1989, 4372.

60. STS de 31 de maig de 1995 (RJ 1995, 4406).

61. RJ 1999, 5195.

62. ATS de 20 de gener de 1998.

63. RJ 1996, 3277.

64. RJ 1988, 9153.

65. RJ 1987, 5270.

66. RJ 1988, 9306.

«De acuerdo con lo previsto en el punto 2 del artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción (RCL 1956/1890 y NDL 18435) procederá la suspensión cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, extremo que no aparece probado en el supuesto que contemplamos, por lo que dado su carácter prevalece el cumplimiento rápido de las sanciones impuestas en beneficio de su ejemplaridad [...]»

Una altra doctrina limita fins i tot el principi general ja esmentat en matèria de sancions «*atendiendo a la naturaleza específica de cada medida sancionadora y a su eventual incidencia sobre el interés general*».⁶⁷

Tanmateix, els criteris ponderables pel jutge per adoptar la suspensió han de ser els que deriven de l'art. 130.1 de la LJ de 1998 (que, com hem vist, connecten amb el que preveu l'art. 122, derogat, de la LJ de 1956). És a dir, la finalitat exemplar s'ha de trobar sotmesa a la circumstància que la suspensió de l'execució de l'acte faci perdre al recurs la seva finalitat legítima, i que només pot ser denegada en cas que la suspensió ocasioni una pertorbació greu als interessos generals o d'un tercer a discreció raonada de l'òrgan jurisdiccional.

Per això, i sobre la concurrència dels antecedents exposats, cal entendre aplicable la doctrina que reflecteix explícitament el FJ segon de l'ATS de 16 de desembre de 1992:⁶⁸

«*En consecuencia, daños y perjuicios de difícil reparación por una parte e interés público por otra son los conceptos que, armonizados, determinan la procedencia o no, de la suspensión [...]*»

Doctrina que segueixen actualment les STS de 21 de desembre de 1999,⁶⁹ 30 de desembre de 1999⁷⁰ y 15 de desembre de 1999,⁷¹ juntament amb la STSJ d'Andalusia, Màlaga, de 16 de gener de 2000,⁷² entre d'altres.

Sobre aquesta concepció generalista de la doctrina judicial cal fer l'anàlisi següent.

A) *Conceptuació jurisprudencial de la concurrència de danys de reparació impossible o difícil*

L'extensió del terme *danys de reparació impossible o difícil* comporta, explícitament, la càrrega per al recurrent de provar-los⁷³ i, correlativament, l'Administració demandada ha de provar que els perjudicis irrogables per la suspensió eventual afec-

67. STS de 2 de desembre de 1988.

68. RJ 1992, 9870.

69. RJ 1999, 10067.

70. RJ 1999, 9639.

71. RJ 1999, 9461.

72. RJCA 2000, 358.

73. Acreditació d'una manera certa i precisa dels danys i els perjudicis, com també de la seva irremediabilitat i dificultat de reparació; *vid.* ATS de 27 de febrer de 1987 (RJ 1987, 3368), 8 de febrer de 1989 (RJ 1989, 1097), 18 de juliol de 1990 (RJ 1990, 6578), 15 de gener de 1991 (RJ 1991, 504) i 16 d'abril de 1991 (RJ 1991, 3404).

ten o lesionen l'interès general. L'omissió d'alguna d'aquestes càrregues facultaria el jutge per acordar o denegar la suspensió.

Tot i la concurrència de jurisprudència que nega la suspensió d'aquells actes amb contingut econòmic, el dictat de l'exposició de motius de la LJ de 1956 apuntava, però, que «no es pot excloure, si no hi ha cap altre motiu, la dificultat de la reparació per la circumstància que el dany o perjudici que podria derivar de l'execució sigui valorable econòmicament». La doctrina del Tribunal Suprem el va modificar i la va admetre en aquests casos.⁷⁴

a) Circumstàncies exigibles als danys:

1. Que siguin *determinats*; vegeu la STSJ de Catalunya de 14 de novembre de 1997,⁷⁵ FJ primer:

«Para la adecuada resolución de la cuestión suscitada deben tenerse en cuenta las consideraciones siguientes: en primer lugar que la producción de los daños y/o perjuicios alegados que se deriven de la ejecutividad del acto impugnado y su reparabilidad no son cuestiones que puedan presumirse, sino que es necesario que el solicitante, al pedir la suspensión determine cuáles son los daños o perjuicios que con mayor o menor probabilidad se le pueden ocasionar con la ejecución *así como las razones o motivos, por los que considera que su reparación será imposible o difícil y a continuación de tales alegaciones, el actor debe acreditar las mismas, por lo menos, indiciariamente [...]*»

2. Que els danys siguin *actuals*, *no se'n permeten els futurs*; vegeu les ATS de 12 de març de 1998,⁷⁶ FJ primer:

«Expresión ésta que, dada la relación instrumental de la tutela cautelar para con el derecho fundamental a la obtención de tutela judicial efectiva (por todos, Auto de este Tribunal Supremo de fecha 20 diciembre 1990 [RJ 1990/10412], y SSTC núm. 14/1992 [RTC 1992/14], 238/1992 [RTC 1992/238] y 148/1993 [RTC 1993/148]), debe entenderse en el sentido de daño o perjuicio, de situación en suma, impeditivo o gravemente obstaculizante del disfrute de ese derecho fundamental; o lo que es igual, impeditivo o gravemente obstaculizante del efecto útil de una hipotética sentencia estimatoria de las pretensiones del recurrente. La naturaleza jurídica que hoy por hoy es predicable de la institución cautelar en el recurso contencioso-administrativo, que no tiene por finalidad propia y directa la de tutelar provisionalmente la posición o situación jurídica de la parte que aparentemente litiga con razón, sino preservar el derecho a la tutela judicial efectiva al final del proceso, determina que sea aquél —el periculum in mora— el primer y básico presupuesto para la adopción de la medida cautelar; ésta sólo deviene necesaria, atendida la naturaleza jurídica de la institución, cuando el citado derecho está en riesgo, o lo que es igual, cuando existe urgencia en preservarlo [...]

74. Vid. Sainz Moreno, «Suspensión del acto administrativo y caución suficiente (Auto del TS de 23 de septiembre de 1977)», a *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1977, núm. 15, s. p. [però 659].

75. RJCA 1997, 2655.

76. RJ 1998, 7738.

3. Necessitat que els danys *siguin certs*, per la qual cosa es rebutgen els genèrics; vegeu les STS de 8 de juliol de 1997,⁷⁷ FJ tercer:

«Frente al auto apelado, el Abogado del Estado, como argumento relevante establece como idea básica a considerar la siguiente: que el problema de ciertos educativos debe plantearse con una perspectiva general y no individualizada, y que si se generaliza el criterio de suspender las resoluciones administrativas referentes a los ciertos educativos se distorsionaría la actuación administrativa en este campo. Este alegado no cabe ser considerado como pretensión revocatoria del auto apelado, porque no cabe atender a razonamientos generales y de futuro, sino solamente deben analizarse los alegatos que se refieren individualizadamente al caso concreto que se resuelve. En la presente apelación, el Abogado del Estado no ha formulado ningún alegato contra el auto apelado, que suspendió el acto administrativo impugnado en base a los perjuicios irreparables que la ejecución del mismo podría producir [...].»

4. No cal que el dany sigui real i efectiu, *n'hi ha prou que la seva potencialitat sigui previsible*; vegeu l'ATS de 15 de juliol de 1994,⁷⁸ FJ primer:

«No puede prosperar la pretensión de apelación que se deduce por la representación procesal de la Administración General del Estado, porque el perjuicio que se trata de evitar con la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del acto recurrido, no tiene, en puridad, que ser real y efectivo al tiempo de adoptarla sino, simplemente, potencial y razonablemente posible y previsible, como corresponde al carácter de aquella, sin que, por tanto, en el caso que nos ocupa había por qué aguardar a que se ordenara la incorporación a filas del interesado, si es que ello procedía —que es lo que, a juicio del apelante, es el hecho determinante del perjuicio—, porque en este caso se da la cualificada circunstancia de que así ha sido reconocido por la Autoridad, fue acordada expresamente la suspensión de ejecutividad de dicha Orden, usando de la facultad establecida en el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958 (RCL 1958/1258, 1469 y 1504; RCL 1959/585 y NDL 24708), lo que es, por otra parte, prueba de que, sin duda, el interesado aportaría la justificación de las causas determinantes de la prórroga que solicitaba siendo por cuanto queda razonado por lo que se ha de confirmar la resolución jurisdiccional que es objeto de impugnación, con la correlativa desestimación de este recurso [...].»

A més, s'exigeix una *relació inescindible entre la causa originària del perjudici i la realitat* d'aquest; vegeu l'ATS de 29 de maig de 1998,⁷⁹ FJ tercer:

«También se debe señalar que esta Sala tiene declarado que para adoptar una medida tan excepcional como la postulada, ha de existir una inescindible relación entre la causa originaria del perjuicio y la realidad de éste, toda vez que el perjuicio debe derivarse del propio contenido del acto ejecutable y no de otra circunstancia (Auto de la Sala Tercera, Sección Primera, de 23 junio 1989 [RJ 1989/4876]). En este senti-

77. RJ 1997, 6106.

78. RJ 1994, 5733.

79. RJ 1998, 6652.

do, en el caso que nos ocupa el perjuicio real y material que se podría ocasionar con la ejecución del acto impugnado en el proceso principal no ha quedado acreditado —como declara el auto recurrido—, toda vez que dicho perjuicio no dimana directamente de la entrega de la información solicitada, sino, hipotéticamente, de las consecuencias que, en el ámbito inspeccionador y sancionador, de aquélla podrían derivarse [...].»

b) Reparació impossible o difícil.

La impossibilitat o la dificultat en la reparació s'ha de ponderar, quant a la seva dimensió crematística, no sols respecte a la solvència de l'Administració pública, sinó també a la dels administrats, criteri conforme a les exigències de l'art. 14 de la CE. La STS de 6 de maig de 1996⁸⁰ confirma aquesta tesi en el FJ primer:

«Hay que acoger tal motivo, pues debe tenerse en cuenta que la reparabilidad del daño, no debe contemplarse exclusivamente desde la perspectiva de la solvencia de la Administración a los efectos de devolver lo ya ingresado en sus arcas como consecuencia de la inmediata ejecución, sino también, desde la vertiente del patrimonio del administrado, que con esa ejecución puede ponerse en situación de inestabilidad tal que haga imposible su recuperación, cual ocurre en el caso presente, dada la importante cifra a que asciende la sanción e indemnización [...].»

En sentit idèntic, la STS de 29 de gener de 1996.⁸¹ I des d'aquest àmbit, és significatiu l'Acte del Tribunal Suprem que admet la suspensió atesa la precarietat de mitjans econòmics del recurrent, el qual es trobava en situació de desocupació; vegeu el FJ segon de l'ATS de 27 de desembre de 1994.⁸²

«Es lo cierto que dadas las circunstancias personales del recurrente, la ejecución de la resolución gubernativa objeto de recurso —sanción económica de 300.000 pesetas— es susceptible de causar los daños y perjuicios de reparación imposible o difícil a que se refiere el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional, pues no obstante ser una sanción económica y no de muy elevada cuantía, la situación en que se encuentra el recurrente, que aduce encontrarse en paro, carecer de bienes inmuebles y de ingresos, circunstancias estas que racionalmente han de considerarse acreditadas pues según es de ver en las actuaciones de instancia comparece con representación procesal designada de oficio, lo que induce a pensar en una situación de penuria económica, que la ejecución del acto combatido podría agravar, y como en toda suspensión, su ejercicio se enfrenta siempre con un conflicto de intereses que debe ser resuelto con la decisión que la mediata y racional valoración de dichos intereses revele ser la de efectos menos perjudiciales, onerosos y perturbadores dentro del contexto global de la situación jurídica creada por el acto administrativo cuya ejecución se solicita sea suspendida, la ponderación de tales circunstancias, aconseja en este caso concreto, mantener la suspensión acordada por la Sala de instancia [...].»

A part d'aquestes consideracions, és doctrina judicial que el criteri que cal se-

80. RJ 1996, 4151. *Vid.* Chinchilla Marín, «La tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo», a *El Acto y el Procedimiento*, *cit.*, 1992, núm. 7, s. p. [però 159-87].

81. RJ 1996, 461.

82. RJ 1994, 10133.

guir en la ponderació de la impossibilitat o la irraonabilitat del dany s'ha de construir sobre l'eventualitat que la sentència estimatòria del recurs resultés inútil per a aquest —cosa que és el perill del *periculum in mora*—. Un criteri que sosté l'ATS de 27 de març de 1998,⁸³ FJ primer:

«En cuanto que aquélla es medio de obtener la tutela judicial efectiva constitucionalmente proclamada en el art. 24.1 de la Constitución (RCL 1978/2836 y ApNDL 2875), suponen la existencia de un riesgo para el mencionado derecho fundamental o de una urgencia precisa para preservarlo, que requiere la presencia de una situación impeditiva o gravemente obstaculizante del disfrute de tal derecho, hasta un punto tal que la hipotética sentencia estimatoria del recurso jurisdiccional en favor del recurrente, hoy pretendiente de la suspensión, resultará inútil para éste, de no accederse a la suspensión, lo que conlleva a entender que tal suspensión de la ejecución no puede sólo asentarse en una apariencia de buen derecho, y menos cuando tal supuesta apariencia exige un previo examen del fondo de la cuestión litigiosa, inviable cuando sólo se enjuicia la procedencia o improcedencia de la suspensión postulada, todo ello sin perjuicio de ponderar casuísticamente las circunstancias que en cada supuesto concurren [...].»

No es pot obviar un criteri exterioritzat progressivament en les resolucions judicials com és la reparabilitat de dany causat; vegeu l'ATS de 7 de juny de 1996,⁸⁴ FJ tercer:

«En el supuesto que nos ocupa estamos en presencia de relaciones interadministrativas, por tanto, la valoración debe hacerse por la contradicción de dos intereses públicos, cuando se trata de la impugnación de un acto por distinta Administración. Este conflicto de intereses debe ser resuelto con la decisión, que la meditada y racional valoración de dichos intereses revele ser la de menos efectos perjudiciales, onerosos y perturbadores dentro del contexto global de la situación jurídica creada por el acto administrativo cuya ejecución se solicita sea suspendida. Así, llevada a cabo esta ponderación de los dos intereses públicos en conflicto, entiende la Sala que asiste la razón al Abogado del Estado, por lo que debe prevalecer en el interés público en la suspensión del acto, teniendo en cuenta el principio de solvencia de la Administración, hará más fácil, en el supuesto de que la sentencia que se dicte en el proceso principal sea desestimatoria de la pretensión de la Administración del Estado, abonar a los trabajadores las cantidades que les sean debidas con los correspondientes intereses, que obtener en el caso contrario la devolución por éstos de las cantidades indebidamente abonadas [...].»

B) *Conceptuació jurisprudencial de la ponderació d'interessos en conflicte*

La ponderació de tots els interessos en conflicte ha de condicionar l'òrgan jurisdiccional per adoptar una decisió únicament amb el límit —no absolut, atès l'ús del terme *podrá*— que la suspensió no pertorbi greument els interessos gene-

83. RJ 1998, 3351.

84. RJ 1996, 5381.

rals o d'un tercer d'acord amb l'art. 130 de la LJ de 1998. Però igualment s'ha d'avaluar el *periculum in mora*, les conseqüències que es produiran a causa de la durada del procés.⁸⁵

Algunes regles formals que han estat perfilades per la doctrina podrien tenir, almenys, un valor indicatiu. Entre aquestes hi ha la que es refereix a la col·lisió manifestada entre dos interessos privats o dos interessos públics, on és difícil determinar quin ha de prevaler; el Tribunal Suprem opta pel que qualifica de *normalitat*, és a dir, per la no-suspensió.⁸⁶

Tanmateix, la dificultat d'atribuir contingut jurídic a una concurrència de conceptes jurídics indeterminats ha motivat la doctrina a afirmar que allò veritablement important en la concurrència d'aquests interessos és determinar —en defensa dels drets individuals— en quina mesura i amb quin abast s'exigeix aquesta posició com a mesura proporcionada per a la consecució de les finalitats i les funcions d'interès general que tenen encomanats (Gómez Ferrer).

El conflicte manifestat s'ha de resoldre tenint en compte la ponderació i l'harmonització dels drets i els interessos enfrontats en cada cas concret,⁸⁷ tant públics com privats, en una posició paritària, atesa la redacció de l'art. 130 de la LJ de 1998. Aquesta darrera doctrina es reflecteix en la STS de 15 de febrer de 2000,⁸⁸ FJ segon:

«La exposición de motivos de nuestra Ley Jurisdiccional matiza que la dificultad de reparar los daños y perjuicios indicados ha de ser conjugada en cada caso concreto con la medida en que el interés público exija la ejecución del acto, pero siempre sobre la base ineludible y necesaria de la dificultad de reparar los perjuicios [...]»

En la posició d'atribuir contingut a allò indeterminat s'ha d'entendre com a interès públic el que prové de les normes i no dels particulars o les entitats afectades; vegeu l'ATS 24 de desembre de 1992,⁸⁹ FJ quart:

«No puede atenderse tampoco el alegato de las actoras de reducir el interés del Proyecto de Ordenación que nos ocupa, al mero interés privado de las constructoras que lo lleven a cabo, puesto que una cosa es el fin perseguido con cualquier actuación urbanística, respaldado con la presunción —aunque iuris tantum— de licitud y de mejora, y otra es el interés de las personas o entidades que materialmente lo lleven a cabo, normalmente guiadas por el espíritu de la ganancia, pero de las que la Administración cada vez se sirve más, bien en una participación uti gestor, abriendo “nuevos cauces a la actividad y capacidad de los agentes privados de la urbanización”, como se proclama en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma del Suelo 2.5. 1975 (RCL 1975/918 y ApNDL 13882), bien como contratistas interpuestos para la ejecución de las obras programadas [...]»

85. Torres Fernández en el comentari a l'art. 130, a *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998*, cit., pàg. 1.033.

86. Chinchilla Marín, «La tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo», a *El Acto y el Procedimiento*, cit., 1992, núm. 7, s. p. [però 159-87].

87. *Ibidem*, s. p. [però 159-87].

88. RJ 2000, 599.

89. RJ 1992, 1412.

Aquests conceptes jurídics indeterminats s'han d'integrar en atenció a la naturalesa de l'acte i a les circumstàncies concurrents.⁹⁰ Però, a més, i potser a conseqüència, cal avaluar la casuística de la jurisprudència a l'hora d'optar per una decisió o una altra sempre que presentin identitats essencials entre els supòsits enjudiciats. Aquesta tesi és la que conté la STS de 18 de gener de 1998,⁹¹ FJ quart:

«La segunda parte del motivo, según quedó precisado antes, alude a la “infracción de las normas de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”, aludiendo con transcripción parcial y selectiva de su contenido, al Auto de la extinguida Sala 4ª de 4 marzo 1987 (RJ 1987/3469), al de 26 septiembre 1995 (RJ 1995/6479), de esta Sala, y a los de la Sala 4ª de 17, 18 y 19 marzo 1987 (RJ 1987/3778).

»Conviene advertir que en la materia de suspensión del acto administrativo el casuismo es la regla, pues las circunstancias de cada caso difieren normalmente; por lo que a la hora de invocar la vulneración de la jurisprudencia es necesario concretar aquellas circunstancias, para evidenciar la similitud de los distintos casos y la validez jurisprudencial de lo decidido en el que se toma como pauta de referencia en el caso al que se refiere el recurso [...].»

90. Vid. STS de 27 de juny de 1998 (RJ 1998, 5442), FJ segon:

«Pero, en todo caso, la imposible o difícil reparabilidad de los daños o perjuicios es el requisito previo necesario para el éxito de la pretensión de suspensión, constituyendo tal requisito un concepto jurídico indeterminado, que ha de ser integrado en cada concreto caso, en relación con la naturaleza del acto y las circunstancias concurrentes [...].»

91. RJ 1998, 830.