

LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY JURISDICCIONAL DE 1998

Juan B. Lorenzo de Membiela
Letrado de la Administración de la Seguridad Social

Sumario

- I. Criterios de la doctrina sobre las medidas cautelares y la suspensión del acto en la Ley jurisdiccional contencioso-administrativa (LJCA) de 1956.
 - A) La ampliación de las medidas cautelares en la LJCA de 1956.
 - B) Causas de la suspensión de la ejecución del acto administrativo.
 - C) La suspensión automática de la ejecución del acto ínterin resuelva el órgano jurisdiccional el incidente.
- II. Criterios de la doctrina sobre las medidas cautelares y la suspensión del acto en la LJCA de 1998.
 - A) Conceptuación jurisprudencial de la concurrencia de daños de imposible o difícil reparación:
 - a) Circunstancias exigibles a los daños.
 - b) Imposible o difícil reparación.
 - B) Conceptuación jurisprudencial de la ponderación de intereses en conflicto.

I. Criterios de la doctrina sobre las medidas cautelares y la suspensión del acto en la Ley jurisdiccional contencioso-administrativa (LJCA) de 1956

A) *La ampliación de las medidas cautelares en la LJCA de 1956*

Bajo la LJCA de 1956 y por incidencia de doctrina jurisprudencial se recepcionaron medidas cautelares distintas a la prevista en su art. 122 centrada, exclusivamente, en la suspensión ejecutiva del acto recurrido.¹ Esa apertura queda patentizada en el ATS de 20 de diciembre de 1990² sobre la recepción de principios generales del derecho comunitarios o unionistas³ junto a la fuerza expansiva del art. 24 de la CE, exponiendo el FJ segundo:

«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

1. La suspensión del acto no es exclusiva del procedimiento contencioso administrativo, encontrándose recogida en la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, de 26 de diciembre de 1978 (art. 7); en la Ley reguladora de las bases del régimen local, de 2 de abril de 1985 (art. 66 y 67), y en la Ley del suelo, de 26 de junio de 1992.

2. RJ 1990,10412. Posteriormente seguido por la STC de 29 de abril de 1993 (RTC 1993,148).

3. *Vid.* García de Enterría, «La Sentencia *Factorvame* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1990, 67, pp. 401 y ss.

Sin perjuicio que autores patrios ya detectaran el mismo en jurisprudencia española, concretamente en las STS de 27 de febrero de 1990 (RJ 1990,1523) y 20 de marzo de 1990 (RJ 1990, 2243), concretado en las ratios: «La necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien tiene razón» junto a otro más 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». *Cfr.* 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», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1991, 69, [s.p. pero 65].

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 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*. 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 esta habilitación, la normativa jurisdiccional española se equiparó a otras europeas que contemplaban la adopción de medidas cautelares ampliamente: en el derecho alemán,⁴ las recogidas en el art. 19, IV del GG y art. 47, 80.I.I y 123 del VwGO. En el derecho francés⁵ se distingue el *Référé* administrativo recogido en los art. 102 y 103 del Código de tribunales administrativos (redactados de conformidad a la reforma de 2 de septiembre de 1988), cuya urgencia causa la adopción de medidas cautelares. Junto a las *Surcis à exécution* y a la implantación del *Référé provision*.⁶ En el derecho italiano, las establecidas en el art. 39 de la Ley del Consejo de Estado junto a las medidas típicas contenidas en el Código procesal civil, art. 700.⁷

En suma, la ampliación de medidas cautelares quedó fundamentada sobre dos postulados jurídicos con entidad suficiente como para ser recogidos por la jurisprudencia indistintamente:

Primero. Por la directa incidencia del art. 24 de la CE que consagra la tutela cautelar efectiva sobre la ejecutividad del acto administrativo. Explicitado por la duración del proceso cuyo control ha de adelantarse al enjuiciamiento sobre el fondo del asunto.⁸ Tesis plasmada originariamente en el ATS de 28 de mayo de 1991 y, sobre ella, la aplicación de las medidas cautelares establecidas en el art. 1428 de la

4. Cfr. Häring y de Hanisch, *Il giudizio cautelare amministrativo*, pp. 45 y ss. y 66 y ss. Eyer-mann-Fröhler, *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, 5.^a ed., pp. 452 y ss. y 652 y ss. Kopp, *Verwaltungsgerichtsordnung mit Erläuterung*, 5.^a ed., 1981, pp. 544 y 873 y ss., y K. Finkelburg, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, 1973.

5. García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, 1989, pp. 155 y ss.

6. Vid. Viargues, «Le référé-provision devant le juge administratif: bilan de la première année», *Revue Française de Droit Administratif*, 1990, 3, pp. 345 y ss.

7. Vid. Perelló Doménech, «Las medidas cautelares en derecho comparado. Derecho alemán, derecho francés, derecho italiano y derecho comunitario», en *El acto y el procedimiento*, «Cuadernos de Derecho Judicial», Consejo General del Poder Judicial, 1992, 7, s.p. [pero 331-45].

8. Sainz de Robles, *Reflexiones sobre el orden jurisdiccional contencioso-administrativo*, Tapia, 1991, 12, y Pera Verdaguer, *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo, reformada por la Ley 10/1992*, 5.^a ed., Bosch, Barcelona, 1993, p. 697.

LEC de 1881 en la redacción dada por la Novela de 6 de agosto de 1984⁹ sobre la disposición adicional sexta de la LJCA de 1956.¹⁰ Véase de este modo la STC de 10 de febrero de 1992,¹¹ FJ séptimo, que establece:

«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 [...]*.»

Y, entre otras, la STS de 18 de octubre de 1999,¹² FJ segundo:

«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 [...].»

Segundo. Por la intervención de los principios generales del derecho, tanto nacionales como unionistas y la consagración de la doctrina del *fumus boni iuris*. Exteriorizada en diversa doctrina judicial como el ATS de 20 de diciembre de 1990, ya citado, y seguido por diversas resoluciones como el ATS de 30 de septiembre de 1998,¹³ FJ segundo:

«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 requerir el texto legal, esto es, que *la nota de claridad exigida al*

9. Vid. Fairén Guillen, *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, pp. 303 y ss.

10. Vid. Irurzum Montoro en el comentario al art. 129, en *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 1014-5.

11. RTC 1992,14.

12. RJ 1999, 8681.

13. RJ 1999, 1585.

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 [...]»

Y STS de 28 de abril de 1999,¹⁴ 13 de marzo de 1999,¹⁵ 4 de octubre de 1996¹⁶ y 5 de julio de 1996.¹⁷

Todas ellas consagran, sobre *la apariencia del buen derecho*, que las medidas cautelares contenciosas ostentan la finalidad de impedir los abusos que puedan seguirse del llamado privilegio de autoejecución sin precisarse la concurrencia de elementos subjetivos en la actuación de la Administración pública: el buen derecho no descansa, necesariamente, en un motivo concreto como puede ser la mala fe contraria pero tampoco sobre una única causa amplia como la ausencia de buena fe de la Administración postulándose por ello un análisis sumario de las circunstancias concurrentes.¹⁸

La exégesis de esta ampliación fue la respuesta de la jurisprudencia ante la pasividad del legislador a elaborar un texto jurisdiccional tal y como fue previsto en la disposición adicional primera de la Ley orgánica del poder judicial. Ello motivó que la justicia material y la tutela cautelar se impusieran sobre las previsiones legales del art. 122 de la LJCA de 1956.¹⁹ Como consecuencia, la doctrina judicial reconoció esa ampliación cautelar en la STS de 4 de noviembre de 1999;²⁰ los ATSJ de Cataluña de 17 de diciembre de 1993 y 20 de octubre de 1998²¹ y la STJ de Cataluña de 28 de mayo de 1996,²² entre otras.

No es obvio en este estudio, quienes postularon la derogación tácita del art. 122 de la LJCA de 1956 por entenderlo contrario al art. 24 de la CE, específicamente, en cuanto contradice el fundamental derecho a la tutela judicial efectiva al limitarse a los condicionamientos específicos y exclusivos de la medida cautelar de suspensión del acto administrativo y de exigirse la existencia de perjuicios irreparables o de difícil reparación.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», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1991, 69, pp. 65 y ss.

19. Vid. Irurzum Montoro en el comentario al art. 129, en *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, cit., p. 1015, y Álvarez Cienfuegos Suárez, *Las medidas cautelares en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998*, «Actualidad Jurídica Aranzadi», 1998, p. 370, en: <http://cai.aranzadi.es:3000/e_basisbwdocs/hemerot/textos/comentarios.html>

20. RJ 1999, 9670.

21. RJCA 1993, 32 y 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, p. 773.

B) *Causas de la suspensión de la ejecución del acto administrativo*

Junto a la ampliación de las medidas cautelares inauditas en la LJCA de 1956, otra evolución doctrinal paralela es aquella que traslada los presupuestos de la suspensión del art. 122 —perjuicios de difícil o imposible reparación— a la concurrencia del denominado *fumus boni iuris* o *apariencia del buen derecho*.²⁴

Efectivamente, la suspensión del acto al amparo del art. 122 obedecía a ponderar la concurrencia de dos intereses primordiales, por un lado, los daños o perjuicios de reparación difícil o imposible y por otro, el interés público. Véase el ATS de 21 de septiembre de 1991,²⁵ donde se señala:

«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.*»

Junto a otras, como las derivadas de la nulidad de pleno derecho del acto administrativo impugnado, como ha sancionado doctrina judicial en los ATS de 4 de junio de 1989, 1 de junio de 1990 y 4 de junio de 1991.²⁶

Sin embargo, la claridad del precepto vertebrando la suspensión sobre la concurrencia de perjuicios de imposible o difícil reparación es superado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo por dos vías:

a) Fundamentada en la concurrencia del interés público, criterio que supera al establecido en el art. 122 de la LJCA de 1956, ya que consagra un concepto jurídico indeterminado que necesita ser traducido conforme al conjunto de circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto.²⁷ Véase la STS 28 de diciembre de 1999,²⁸ FJ tercero:

«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 provocar la suspensión; por el contrario, cuando

24. Pera Verdaguer, *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo, reformada por la Ley 10/1992, cit.*, p. 698, con remisión a Coca Vita en «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.

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

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

28. RJ 1999, 9617.

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 [...]»

Igualmente, véase el ATS de 24 de septiembre de 1999.²⁹

El interés público esgrimido en esta primera posición encierra una doble finalidad: una primera como factor de aplicación del derecho público y otra, como factor de legalidad de la actividad administrativa.³⁰

b) A través de la concurrencia del *fumus boni iuris*, sobre dos requisitos: una apariencia razonable de buen derecho en la parte demandante junto a una falta de contestación seria de la Administración que no desvirtúe esa apariencia. En este sentido véase el ATS de 8 de junio de 1999,³¹ FJ tercero:

«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 17 de octubre de 1995 [RJ 1995\7387] y 4 de marzo de 1996 [RJ 1996\2047]) [...]»

Tesis sostenida además por las STS de 12 de noviembre de 1999,³² 14 de diciembre de 1999,³³ 13 de diciembre de 1999³⁴ y el ATS de 28 de septiembre de 1999.³⁵

La práctica judicial más actual sanciona este criterio como determinante a la hora de conceder la suspensión, estimado la concurrencia del mismo bien cuando la lesión a la legalidad cometida por la Administración pública sea evidente o por la concurrencia de sólidos argumentos jurisprudenciales estimatorios del recurso interpuesto. Véase el ATS de 28 de septiembre de 1999,³⁶ FJ cuarto:

«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*

29. RJ 1999, 7510.

30. *Vid.* STS de 12 de mayo de 1998, de 1, 6 y 29 de junio de 1998 (RJ 1998, 4377; RJ 1998, 4387 y RJ 1998,4563) y ATS como el de 21 de enero 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.

apariencia de lesión a 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.»

Se requiere una manifiesta apariencia pues lo contrario motivaría entrar en el fondo del asunto lo que desbordaría la naturaleza de las medidas cautelares.

En suma, las doctrinas expuestas suponen una evolución doctrinal que superan antiguas posiciones del Tribunal Supremo, sintetizadas por Conde Martín de Hijas del siguiente modo:³⁷

a) Consagración explícita de la ejecutividad del acto administrativo, a pesar del recurso, considerando la suspensión de aquél como excepción a este principio.

b) Establecimiento de la suspensión del acto como única medida cautelar, aunque sin utilizar esta última denominación.

c) Fijación, como criterio para acordar la suspensión, el de que la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, criterio de indiscutible objetividad.

d) Consideración prevalente de la defensa del interés público, hasta el extremo de que, pese a la existencia de los posibles perjuicios que justifiquen la suspensión, puede no acordarse ésta, si los intereses públicos pueden sufrir una grave perturbación.

e) Garantía de los perjuicios que pueden derivar de la suspensión para el interés público o de tercero mediante cauciones suficientes.

C) *La suspensión automática de la ejecución del acto interin resuelva el órgano jurisdiccional el incidente*

La STC de 20 de mayo de 1996³⁸ admite la idoneidad de la suspensión del acto administrativo en el intervalo comprendido entre la solicitud de suspensión y el momento en que el órgano jurisdiccional decida sobre la misma. El FJ segundo, establece:

«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*

37. Cita recogida en 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.

38. RTC 1996, 78.

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

Resuelve el Tribunal Constitucional una cuestión polémica sobre dos intereses enfrentados: el de los recurrentes de encontrar una rápida protección frente a los eventuales excesos de la Administración pública junto a la protección del interés público de evitar comportamientos abusivos de los particulares mediatizando esta suspensión en su exclusivo y único interés.

Frente a la omisión de cualquier precepto tanto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como en la LJCA de 1956, la única referencia en el acervo legislativo es la contenida en el Reglamento de procedimiento de las reclamaciones económico-administrativas en sus artículos 74 a 77, exigiendo caución suficiente por la suspensión acordada. La solución dada por la doctrina radica, respecto al procedimiento administrativo general, en la aplicación de los art. 93 a 102 y 111 a 138 de la Ley 30/1992, y de los artículos 122 a 125 de la LJCA, de 1956.³⁹ Sin embargo, la vocación generalista de la Sentencia citada, evidenciada en algunos de sus fundamentos, es restringida posteriormente en la misma exigiendo solamente la suspensión en los procedimientos administrativos sancionadores en donde se recurra una resolución firme administrativa.

No obstante, el parecer de la doctrina extiende el privilegio a todos los procedimientos contenciosos, pues ejecutar la Administración pública un acto administrativo recurrido cuando el órgano jurisdiccional decide sobre su suspensión producirá una triple vulneración de preceptos constitucionales:⁴⁰

1. Infracción del artículo 24 de la CE, pues la ejecución de un acto administrativo la decidan los órganos judiciales.
2. Infracción del artículo 106 de la CE, puesto que la Administración está sometida al control de los tribunales.
3. Infracción del artículo 117 de la CE, porque si la Administración ejecuta lo que los tribunales están juzgando invade ilegítimamente la función jurisdiccional que la Constitución les reserva con carácter exclusivo.

II. Criterios de la doctrina sobre las medidas cautelares y la suspensión del acto en la LJCA de 1998

La LJCA de 1998 reconoce en el art. 129.1 la aplicación de las calificadas medidas cautelares innominadas como consagración de la tutela cautelar efectiva. De este modo, el párrafo primero establece:

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», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1997, 94, s.p. [pero 307].

40. Chinchilla Marín, «La tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo», en *El acto y el procedimiento*, «Cuadernos de Derecho Judicial», Consejo General del Poder Judicial, 1992, 7, s.p. [pero 159-87].

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

Autores han visto en este apartado la incidencia del art. 1428 de la LEC de 1881.⁴¹ Esa remisión al amplio elenco de medidas cautelares contenidas en la procesal civil deberá referirse, una vez en vigor la LEC de 2000, al título VI, capítulo I, art. 727.⁴² Especial atención es reclamada al apartado 11º del mismo artículo, en donde lo genérico se alza con más fuerza, denotando la decisiva influencia del art. 24.1 de la CE y la consagración de la tutela cautelar.

41. Vid. Rivero Ortega, «Medidas cautelares innominadas en lo contencioso administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1998, 98 s.p. [pero 271]; Calvo Rojas, «Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Medidas provisionalísimas y medidas cautelares positivas. Últimos avances en esta materia y algún exceso», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1994, 83, s.p. [pero 465]; Sainz Moreno, «Suspensión del acto administrativo y caución suficiente», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1977, 15, s.p. [pero 659]; Font i Llovet, «La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1985, 46, s.p. [pero 309]; Ayuso Ruiz-Toledo, «Las medidas cautelares positivas en el orden contencioso-administrativo», en *El acto y el procedimiento*, «Cuadernos de Derecho Judicial», Consejo General del Poder Judicial, 1992, 7, s.p. [pero 313-30], y 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)», *Revista General Informática del Derecho*, 1994, s.p. [pero 4983].

42. «1ª 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.

»2ª 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.

»3ª El depósito de cosa mueble, cuando la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado.

»4ª La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga.

»5ª La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos.

»6ª Otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución.

»7ª 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.

»8ª 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.

»9ª 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.

»10ª La suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 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.

»11ª 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.»

Otros sectores, en cambio, rechazan la aplicación de la LEC en la especificación de estas medidas por varios motivos:⁴³

a) Por la inexistencia de laguna en la Ley jurisdiccional.

b) Por los distintos principios procesales que impetran cada una de estas jurisdicciones: el interés público en la jurisdiccional; el dispositivo en la civil.

Sin embargo, la controversia expuesta debería quedar zanjada si observamos cómo el art. 4 de la LEC de 2000 impone su aplicación supletoria respecto a la Ley jurisdiccional. De idéntico modo como la Ley de la jurisdicción, en su disposición final primera, aplica la LEC ante vacíos procedimentales.

La simbiosis normativa entre ambas normas procesales ha sido sancionada por jurisprudencia en la STS de 18 de marzo de 2000,⁴⁴ FJ quinto:

«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 [...].»*

Desde esta óptica es plasmada en la exposición de motivos de la LJ de 1998, punto 5, cuando expresamente admite la adopción de cualesquiera medidas cautelares incluso las positivas.⁴⁵

En cuanto a los motivos o causas determinantes de la suspensión de la ejecución del acto, el Proyecto de Ley de la LJCA de 1998 preveía como criterio la duda razonable sobre la legalidad de la actividad administrativa,⁴⁶ por tanto, consagraba el legislador la doctrina del *fumus boni iuris* o apariencia del buen derecho. La Ley de la jurisdicción de 1998 se aparta del antecedente incluyendo otro criterio. Inten-

43. Gutiérrez Delgado en el comentario al art. 129, en *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 1017.

44. RJ 2000, 3075.

45. «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 [...].»

46. Vid. Chinchilla Marín en el comentario al art. 129, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Civitas, Madrid, 1999, p. 863 y Rodríguez Arana, «La suspensión judicial del acto administrativo en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *La Ley*, 1997, 4.

ta modificar, supuestamente, el criterio sostenido por la Ley de 1956, sustituyendo los *perjuicios de imposible o difícil reparación* por el de la *pérdida de la finalidad legítima del recurso*.

Esta previsión ha sido objeto de diversas críticas:⁴⁷ a) Una lingüística, sobre la redacción del artículo 130.1º por el empleo de la palabra *legítima*. Se estima inapropiada sobre el razonamiento que un recurso no puede perseguir una finalidad que no sea tal y b) La pretendida huida de la fórmula empleada por el legislador en la Ley de 1956 —*daños de difícil o imposible reparación*— por la no menos indeterminada pérdida de la finalidad legítima del recurso.⁴⁸

Respecto a la primera, puede ser paradójico la alusión a la *legitimidad del recurso*, sin embargo, no hay que desconocer la posible *ilegitimidad* de la parte recurrente que postula, mediante la iniciación del incidente de suspensión, una dilación abusiva —si se prefiere inadecuada— de la ejecución del acto administrativo impugnado.

En cuanto a la segunda, se razona una continuidad de aquel criterio esgrimido por la doctrina bajo la Ley jurisdiccional de 1956 sobre la concurrencia tanto del *periculum in mora* —perjuicio ocasionado por la duración de la sustanciación del proceso— como por la ponderación de todos los intereses en conflicto. De tal modo que la causa normativa del artículo 130.1 de la Ley de la jurisdicción —pérdida de la finalidad legítima del recurso— no significará otra cosa que el mantenimiento de los postulados creados por la jurisprudencia en interpretación del artículo 122 de la Ley jurisdiccional de 1956.

No debe extrañarnos esta conclusión si la exposición de motivos de la LJ de 1998, ap. VI. 5, expone: «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 o causar al recurrente perjuicios de imposible o difícil reparación pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto [...]»

Idéntico resultado alcanza algún autor sobre una triple premisa: a) Por la aplicación analógica del artículo 56.1 de la LOTC que establece: *hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad*;⁴⁹ b) El razonamiento que perder el recurso su finalidad legítima no puede ser substitutiva del criterio esbozado en el artículo 122 de la LJ de 1956 sino éste precisamente complementado con la tesis del *fumus boni iuris* y c) La fórmula empleada en el proyecto de ley, artículo 124.2,⁵⁰ expresamente rechazada, puede ser indiciaria de que las medidas cautelares y la suspensión, por consiguiente, no puede descansar, únicamente, en la apariencia o *fumus* del buen derecho por la única circunstancia de tener aparentemente razón.

Sobre estos antecedentes cabe determinar que para la adopción de las medidas cautelares es preciso ponderar los siguientes elementos:

47. Vid. Chinchilla Marín en el comentario al artículo 130, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 870 y ss.

48. *Ibidem.*, pp. 871 y ss.

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

50. «La adopción de medidas cautelares podrá acordarse cuando existan dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa a que se refieran [...]»

1. La existencia de daños de imposible o difícil reparación y con ello la apariencia del buen derecho, pues no cabe estimar aquél sin ser también estimado éste. Sin ser admitida la denegación de los actos administrativos que únicamente refieren a un contenido económico negando la existencia de la irreparabilidad.⁵¹
2. Ponderación de los intereses en conflicto, debiendo rechazarse cuando la suspensión suponga una grave perturbación de los intereses generales o de tercero (artículo 130.1).⁵²

En la confluencia de los intereses en conflicto cabe diferenciar entre un conflicto de máximos en donde se enfrenta el interés público dimanante de la ejecución del acto recurrido con el privado, postulante de la medida cautelar, a riesgo de ocasionar ante la denegación de la suspensión de daños de imposible o difícil reversión. La prevalencia del interés público justificaría la denegación de la suspensión. Véase el ATS de 31 de julio de 1990,⁵³ FJ primero:

«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)— [...]»

O bien el ATS de 5 de abril de 1988,⁵⁴ FJ primero:

«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.— *ha-*

51. Superando de este modo aquella doctrina jurisprudencial dictada bajo el art. 122 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, que definía los perjuicios de difícil o imposible reparación como aquellos caracterizados por no ser posible su cuantificación económica o por su carácter irreversible (irreparable). *Cfr.* Blasco Esteve, «La responsabilidad de la Administración por los daños causados por actos administrativos: doctrina jurisprudencial», *Revista de Administración Pública*, 1981, 91 y Nonell Galindo, «Suspensión judicial de la ejecución de los actos de suspensión de acuerdos de las corporaciones locales por infracción manifiesta de las leyes», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1981, 29, s.p. [pero 378].

52. La ponderación del interés ya había sido objeto de estudio por la doctrina. Véase Rodríguez Arana, «De nuevo sobre la suspensión judicial del acto administrativo (1986-87)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1989, 64, s.p. [pero 639].

53. RJ 1990, 6825.

54. RJ 1988, 2617.

brán 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 [...].»

Junto a un denominado conflicto de mínimos en donde el interés público no quedaría gravemente comprometido por la suspensión del privado que toleraría razonablemente la ejecución del acto.⁵⁵

Sin embargo, aunque este criterio es aplicable generalmente, no desconocemos otros manifestados en la práctica judicial: usualmente en el ámbito de las liquidaciones tributarias es frecuente decretar la medida cautelar o en atención a la situación económica del recurrente o en atención a la denominada *suspensión automática con fianza*⁵⁶ tal y como es acordada en vía económico-administrativa —véase la STS de 9 de abril de 1999.⁵⁷

Respecto a ésta última, es verdad que tiene su ámbito de aplicación sobre el artículo 75 del Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, aprobado por el Real decreto 391/1996, de 1 de marzo, y que por ello, extenderla a otros supuestos, transgrediría las previsiones de la Ley 29/1998, art. 130⁵⁸.

55. Véase Torres Fernández en el comentario al art. 130, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 1032.

56. A saber, de conformidad al art. 75, depósito en dinero efectivo o en valores públicos, aval o fianza de carácter solidario prestado por un banco, caja de ahorros, etc., o fianza personal y solidaria por dos contribuyentes de la localidad, para deudas tributarias de cuantía muy reducida. Pero también, de conformidad al art. 76.2, cabe la suspensión aportando garantías distintas a las exigidas en el artículo 75 (depósito, aval bancario, de cajas de ahorros, etc., o fianza solidaria de dos sujetos pasivos, para deudas muy reducidas), cuando se justifique por el interesado que la ejecución causaría perjuicios de imposible o difícil reparación y se ofrezca garantía suficiente, de cualquier tipo.

57. RJ 1999, 2968, RJ 1999, 2973 y RJ 1999, 2971.

Criterio, sin embargo, que es rechazado por doctrina jurisprudencial en cuanto la única causa válida para la adopción de la medida cautelar es la concurrencia de perjuicios de difícil o imposible reparación. *Vid.* STS de 10 de abril de 1999 (RJ 1999, 2971), FJ tercero:

«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 marzo de 1994 (RJ 1994, 1891), FJ cuarto:

«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 aquélla, 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 concurrencia y acreditación que la ejecutividad del acto que se pretende sea suspendida, puede ocasionar daños y perjuicios de carácter y la naturaleza ya expresados [...].»

Sin embargo, sí podría ser de aplicación analógica a los actos administrativos recaudatorios de Seguridad Social sobre la supletoriedad que el Reglamento general de recaudación de los recursos del sistema de 1995 previene en su disposición final primera, al Reglamento general de recaudación del Estado.

Las decisiones denegatorias se fundamentan, por un lado, en la necesidad que la Administración pueda obtener, en debida forma, los fondos debidos. Criterio usualmente aplicado en la denegación de la suspensión del acto administrativo recaudatorio de la Seguridad Social. Véase la STS de 9 de junio de 1989,⁵⁹ FJ primero:

«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 sanciones laborales, tanto por razones de ejemplaridad, como por la necesidad de que puedan obtenerse en debida forma los fondos de la Seguridad Social, 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) [...].*»

También y, sobre todo, en razones de ejemplaridad, que presentan distintas formas de afectación a los intereses generales en recursos interpuestos contra actos dictados en materia sancionadora. De este modo, es usual la no suspensión del acto recurrido sobre el criterio generalizado que es ejemplarizante la inmediatez de la ejecución de tal clase de actos administrativos sancionadores que comportan el restablecimiento del orden público perturbado.⁶⁰ Un ejemplo de ello lo encontramos en el ATS de 27 de abril de 1999,⁶¹ FJ segundo, que estima como ejemplarizante la no suspensión de la sanción disciplinaria en el ámbito de la función jurisdiccional por cuanto el interés general estriba en la restauración de los valores y principios insitos en el buen funcionamiento de las instituciones judiciales.⁶² También la STS 16 de abril de 1996,⁶³ FJ sexto, estima ejemplarizante el mantenimiento de una suspensión de la autorización para explotar máquinas recreativas e instalarlas sobre la eficacia de la pronta ejecución de las sanciones impuestas.

También la STS de 22 de noviembre de 1988⁶⁴ y el ATS de 8 de julio de 1987.⁶⁵

59. RJ 1989, 4372.

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

61. RJ 1999, 5195.

62. ATS de 20 de enero de 1998.

63. RJ 1996, 3277.

64. RJ 1988, 9153.

65. RJ 1987, 5270.

Sin embargo, otras tesis del Tribunal Supremo limitan la ejemplaridad sobre la falta de prueba de la causación de daños de imposible o difícil reparación. Véase el ATS de 6 de febrero de 1989,⁶⁶ FJ único:

«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 [...]»

Incluso, el principio general ya citado en materia de sanciones es limitado por otra doctrina *atendiendo a la naturaleza específica de cada medida sancionadora y a su eventual incidencia sobre el interés general*.⁶⁷

Sin embargo, los criterios ponderables por el juez para adoptar la suspensión deben ser los derivados del art. 130.1 de la LJ de 1998 (que como hemos visto conectan con el contemplado en el derogado art. 122 de la LJ de 1956). Es decir, la finalidad ejemplarizante debe encontrarse sometida a la circunstancia que la suspensión de la ejecución del acto haga perder al recurso su finalidad legítima, únicamente pudiendo ser denegada cuando la suspensión ocasione grave perturbación a los intereses generales o de tercero a discreción razonada del órgano jurisdiccional.

Por ello y, sobre la concurrencia de los antecedentes expuestos, habrá que entender aplicable la doctrina que explícitamente es reflejada en el FJ segundo del ATS de 16 de diciembre 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 es seguida en la actualidad en las STS de 21 de diciembre de 1999,⁶⁹ de 30 de diciembre de 1999⁷⁰ y de 15 de diciembre de 1999,⁷¹ junto a la STSJ de Andalucía, de Málaga, de 16 de enero de 2000,⁷² entre otras.

Sobre esta concepción generalista de la doctrina judicial cabe practicar el siguiente análisis:

A) *Conceptuación jurisprudencial de la concurrencia de daños de imposible o difícil reparación*

La extensión del término *daños de imposible o difícil reparación* conlleva, explícitamente, la carga para el recurrente de probarlos⁷³ y, correlativamente, la Admi-

66. RJ 1988, 9306.

67. STS de 2 de diciembre de 1988.

68. RJ 1992, 9870.

69. RJ 1999, 10067.

70. RJ 1999, 9639.

71. RJ 1999, 9461.

72. RJCA 2000, 358.

73. Para la acreditación de modo cierto y preciso de los daños y perjuicios, así como su irreparabilidad y dificultad de reparación, *vid.* ATS de 27 de febrero de 1987 (RJ 1987, 3368), 8 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1097), 18 de julio de 1990 (RJ 1990, 6578), 15 de enero de 1991 (RJ 1991, 504) y 16 de abril de 1991 (RJ 1991, 3404).

nistración demandada debe probar que los perjuicios irrogables por la eventual suspensión afecten o lesionen el interés general. La omisión de alguna de estas cargas facultaría al juez para acordar o denegar la suspensión.

Aún la concurrencia de jurisprudencia negando la suspensión de aquellos actos con contenido económico, sin embargo el dictado de la exposición de motivos de la LJ de 1956 que apuntaba que *no cabe excluir sin más la dificultad de la reparación por la circunstancia de que el daño o perjuicio, que podría derivar de la ejecución sea valorable económicamente*. La doctrina del Tribunal Supremo modificó el mismo admitiéndola en estos casos.⁷⁴

a) Circunstancias exigibles a los daños:

1. Que éstos sean *determinados*. Véase la STSJ de Cataluña de 14 de noviembre de 1997,⁷⁵ FJ primero:

«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 los daños sean *actuales no permitiéndose los futuros*. Véase el ATS de 12 de marzo de 1998,⁷⁶ FJ primero:

«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 STC núms. 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 Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1977)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1977, 15, s.p. [pero 659].

75. RJCA 1997, 2655.

76. RJ 1998, 7738.

3. Necesidad de que los daños *sean ciertos*, rechazándose los genéricos. Véase la STS de 8 de julio de 1997,⁷⁷ FJ tercero:

«Frente al auto apelado, el Abogado del Estado, como argumento relevante establece como idea básica a considerar la siguiente: que el problema de conciertos 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 conciertos 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 es preciso que el daño sea real y efectivo, *siendo suficiente su potencialidad previsible*. Véase el ATS de 15 de julio de 1994,⁷⁸ FJ primero:

«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 [...]»

Es exigido, además, una *relación inescindible entre la causa originaria del perjuicio y la realidad* de éste. Véase el ATS de 29 de mayo de 1998,⁷⁹ FJ tercero:

«*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*

77. RJ 1997, 6106.

78. RJ 1994, 5733.

79. RJ 1998, 6652.

(*Auto de la Sala Tercera, Sección Primera, de 23 junio 1989 [RJ 1989\4876]*). En este sentido, 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) Imposible o difícil reparación:

La imposibilidad o dificultad en la reparación debe ponderarse, en cuanto a su dimensión crematística, no únicamente a la solvencia de la Administración pública sino también a la de los administrados, criterio conforme con las exigencias del art. 14 de la CE. La STS de 6 de mayo de 1996⁸⁰ viene a confirmar esta tesis en su FJ primero:

«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 idéntico sentido está la STS de 29 de enero de 1996.⁸¹ Y desde este ámbito, es significativo el Auto del Tribunal Supremo que admite la suspensión en atención a la precariedad de medios económicos del recurrente encontrándose en situación de desempleo. Véase el FJ segundo del ATS de 27 de diciembre 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 [...].*»

80. RJ 1996, 4151. Cfr. Chinchilla Marín, «La tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo», en *El acto y el procedimiento*, cit., 1992, 7, s.p. [pero 159-87].

81. RJ 1996, 461.

82. RJ 1994, 10133.

Además de estas consideraciones es doctrina judicial que el criterio a seguir en la ponderación de la imposibilidad o irrazonabilidad del daño debe construirse sobre la eventualidad que la sentencia estimatoria del recurso resultare inútil para éste —lo que es el peligro del *periculum in mora*—. Criterio sostenido por el ATS de 27 de marzo de 1998,⁸³ FJ primero:

«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 ApNNDL 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 obvia un criterio progresivamente exteriorizado en las resoluciones judiciales como es la reparabilidad del daño causado. Véase el ATS de 7 de junio de 1996,⁸⁴ FJ tercero:

«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) *Conceptuación jurisprudencial de la ponderación de intereses en conflicto*

La ponderación de todos los intereses en conflicto deberá condicionar al órgano jurisdiccional para adoptar una decisión —no absoluta, dado el empleo del vocablo *podrá*—, únicamente con el límite de que la suspensión no perturbe grave-

83. RJ 1998, 3351.

84. RJ 1996, 5381.

mente los intereses generales o de tercero de conformidad con el art. 130 de la LJ de 1998. Pero igualmente deberá evaluarse el *periculum in mora*, las consecuencias que se producirán por la duración del proceso.⁸⁵

Algunas reglas formales han sido perfiladas por la doctrina, que, al menos, podrían tener un valor indiciario. Entre ellas, aquélla que refiere a la colisión manifestada entre dos intereses privados o dos intereses públicos siendo difícil determinar cuál debe prevalecer; el Tribunal Supremo opta por lo que él califica de *normalidad*, es decir, por la no suspensión.⁸⁶

Sin embargo, la dificultad de atribuir contenido jurídico a una concurrencia de conceptos jurídicos indeterminados ha motivado a la doctrina a afirmar que lo verdaderamente importante en la concurrencia de estos intereses es determinar —en defensa de los derechos individuales— en qué medida y con qué alcance tal posición viene exigida como medida proporcionada para la consecución de los fines y funciones de interés general que tienen encomendados (Gómez Ferrer).

El conflicto manifestado deberá solucionarse en atención a la ponderación y armonización de los derechos e intereses enfrentados en cada caso concreto.⁸⁷ Tanto públicos como privados, en una posición paritaria, dada la redacción del art. 130 de la LJ de 1998. Ésta última doctrina es reflejada en la STS de 15 de febrero de 2000,⁸⁸ FJ segundo:

«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 postura de atribuir contenido a lo indeterminado debe entenderse como interés público aquel dimanado de las normas y no de los particulares o entidades afectadas. Véase el ATS de 24 de diciembre de 1992,⁸⁹ FJ cuarto:

«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. Vid. Torres Fernández en el comentario al art. 130, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, cit., p. 1033.

86. Vid. Chinchilla Marín, «La tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo», en *El acto y el procedimiento*, cit., 1992, 7, s.p. [pero 159-87].

87. *Ibidem.*, s.p. [pero 159-87].

88. RJ 2000, 599.

89. RJ 1992, 1412.

Esos conceptos jurídicos indeterminados deberán ser integrados en atención a la naturaleza del acto y a las circunstancias concurrentes.⁹⁰ Pero además y, quizás como consecuencia, la casuística de la jurisprudencia deberá ser evaluada a la hora de optar por una u otra decisión siempre que presenten identidades esenciales entre los supuestos enjuiciados. Esta tesis es la contenida en la STS de 18 de enero de 1998,⁹¹ FJ cuarto:

«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 4.^a de 4 marzo 1987 (RJ 1987\3469), al de 26 septiembre 1995 (RJ 1995\6479), de esta Sala, y a los de la Sala 4.ª 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 junio de 1998 (RJ 1998, 5442), FJ segundo:

«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.