

ULTIMAS ORIENTACIONES EN MATERIA DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL ACTO O DISPOSICIÓN IMPUGNADA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Dr. Ernesto Jinesta Lobo
Profesor en la Universidad de Costa
Ivstitia. Año 10. N° 109-110. Enero-Febrero. 1996

SUMARIO. I. INTRODUCCION. II. FUNCION DE LA SUSPENSION DE LA EJECUCION DEL ACTO O DISPOSICION IMPUGNADA. III. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA CAUTELAR. IV. ¿CUANDO RESULTA CONSTITUCIONALMENTE OBLIGATORIA LA SUSPENSION DE LA EJECUCION Y EN GENERAL LA TUTELA CAUTELAR? V. EL PRINCIPIO CHIOVENDIANO COMO FUNDAMENTO DE LA SUSPENSION DE LA EJECUCION Y DE LA TUTELA CAUTELAR EN GENERAL. VI. CARACTERISTICAS ESTRUCTURALES DE LA SUSPENSION DE LA EJECUCION. 1. Instrumentalidad. 2. Provisionalidad. 3. Urgencia. 4. *Summaria cognitio*. VII. PRESUPUESTOS. 1. *Periculum in mora*. 2. Bilateralidad del *periculum in mora* (principio de proporcionalidad). 3. *Fumus boni iuris*. 3.1. Definición. 3.2. Juicio de probabilidad y verosimilitud. 3.3. Diferencia entre juicio de probabilidad y juicio de verdad. 3.4. Prueba del *fumus boni iuris*. 3.5. Manifestaciones concretas del *fumus boni iuris* en el proceso contencioso-administrativo. VIII. EL PAPEL DE LA CAUCION EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. 1. Paliativo del riesgo propio de la sumariedad y urgencia. 2. Restablecimiento del equilibrio. 3. Contracautela para resarcir daños y perjuicios derivados de la actuación de la suspensión de la ejecución. 4. ¿Presupuesto o condición de eficacia de la suspensión de la ejecución? 5. Perfil constitucional y rol en el proceso administrativo.

1. INTRODUCCION

Recientemente la Sección Primera del Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo, dictó un auto que marca nuevos derroteros en lo referente a la medida cautelar por antonomasia del proceso administrativo, esto es, la suspensión de la ejecución.

De igual forma, este auto pone sobre el tapete discusión una serie de tópicos polémicos relativos esa incidencia del proceso contencioso-administrativo

El auto objeto de comentario es el N^o 402 de las 15 horas del 29 de noviembre de 1995. Es preciso observar, que la línea de argumentación de ese el pronunciamiento ha sido reiterada por el Tribunal en los siguientes autos: Nos. 413 de las 16:20 hrs. del 29 de noviembre de 1995, 421 de las 9:30 hrs. y 422 de las 9:45 hrs. del 12 de diciembre de 1995; lo que pone de manifiesto que las consideraciones empleadas en la primera resolución

citada se han consolidado como doctrina jurisprudencial.

II. FUNCION DE LA SUSPENSION DE LA EJECUCION DEL ACTO O DISPOSICION IMPUGNADA

El primer punto relevante tratado en el auto supracitado es la función de la suspensión de la ejecución, como una medida cautelar más dentro de las muchas que pueden existir en el proceso contencioso-administrativo (1).

En efecto, el auto 402-95 señala sobre el particular lo siguiente:

"... II. La tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo, al igual que en todas las jurisdicciones, tiene como función primordial garantizar o asegurar provisionalmente la eficacia o cumplimiento *in natura* de la sentencia de mérito, merced a la lentitud patológica del proceso ordinario. Bajo este predicado, las medidas cautelares en el proceso administrativo, evitan que la tutela jurisdiccional sea una *flatus vocis*, en virtud de la consolidación irreversible de situaciones jurídicas o fácticas contrarias al ordenamiento jurídico. Tales medidas precautorias, tienden a mantener íntegro, sobre todo en el caso concreto de la suspensión de la ejecución, el *status quo ante*."

Evidentemente, el proceso ordinario de cognición plena resulta idóneo para un desarrollo completo y garantista de la función jurisdiccional, sin embargo no se realiza instantáneamente además de tener un alto grado de sofisticación y complejidad (2). En ese sentido, resulta absolutamente cierta la afirmación de Carnelutti al señalar que todo acto procesal y el proceso es una concatenación de actos, precisa de tiempo, para arribar a una resolución ponderada y reflexiva (3).

La realidad del tiempo "fisiológicamente" necesario para que el proceso ordinario cumpla su fin, constituye, quizá, el nudo gordiano de la suspensión de la ejecución y de la tutela cautelar, puesto que, resulta materialmente imposible la obtención de una justicia inmediata o instantánea. Constituye un hecho innegable que entre la interposición de la acción y el dictado de la sentencia definitiva media un lapso prolongado, denominado por la doctrina *vactio o distantia temporis*, requerido para la perfección del iter procesal y la buena actuación del derecho objetivo, pero que a la postre puede incidir negativamente en la situación de hecho o de derecho y convertir en vana o ilusoria la victoria de la parte actora (4).

A lo anterior, es preciso añadir la lentitud patológica del proceso ordinario o "crisis de la justicia" (5), efecto de una serie considerable de concausas, entre las que destaca el alto volumen o índice de litigiosidad (6). Este mal endémico, genera una justicia tardía o una denegación de justicia, y por consiguiente, una selección perversa que afecta a la parte más débil de la relación jurídico-procesal -el administrado- (7).

En virtud de lo precedentemente expuesto, la suspensión de la ejecución, al superar, provisionalmente, la "distancia temporal", que media entre la interposición de la acción y la sentencia, constituye un remedio importante para lograr un proceso con un resultado

concretamente realizable. Se plantea así, el dilema propio de la tutela cautelar "seguridad vs. celeridad", esto es, una justicia tardía con todas las garantías procesales y una justicia pronta e interina con detrimento de éstas; empero, ante la necesidad de lograr una tutela judicial efectiva de las situaciones jurídicas sustanciales, se opta por el mal menor (8).

Es así como el órgano jurisdiccional, antes de esperar reformas legislativas de carácter sustantivo o formal (v. gr. aceleración de los procedimientos administrativos, resolución alternativa de conflictos de interés, etc.) debe redefinir o "repotenciar" el trascendental papel que juegan las medidas cautelares en el proceso administrativo (9).

Resulta patente que la tutela cautelar, y la suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnada como especie de la misma, cumplen, desde una perspectiva objetiva, la función de garantizar o asegurar provisionalmente la eficacia, utilidad o actuación de la sentencia definitiva, función que resulta congruente, en todos los sectores del ordenamiento procesal, con el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva (10).

De esta forma, la suspensión de la ejecución -como todas las medidas cautelares- evita que la tutela jurisdiccional sea una mera declaración platónica de principios o una tardía e inútil expresión verbal, con lo que salvaguarda el buen nombre, seriedad, y confianza en la función jurisdiccional (11).

La Sala Constitucional ha puntualizado, sobre este aspecto, que las medidas cautelares:

"II. ... tienden a posibilitar la ejecución de la sentencia y la conservación de los bienes y cosas que deberán ser apreciados por el tribunal con posterioridad ... Estas medidas son ejercidas por los Tribunales de Justicia, con la finalidad de posibilitar la actuación del derecho, es decir, con el propósito de asegurar efectivamente el resultado del proceso, tienden a crear la certeza necesaria para que el eventual reconocimiento de un derecho en una sentencia definitiva pueda hacerse efectivo." (Voto No. 3463 de las 14:54 hrs. del 20 de julio de 1993, criterio reiterado en el Voto No. 6786 de las 15:27 hrs. del 22 de noviembre de 1994, considerando I).

Más recientemente, la Sala Constitucional ha hecho referencia a la función de la tutela cautelar al señalar que:

"... Las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptualizar como "un conjunto de potestades procesales del juez -sea justicia jurisdiccional o administrativa- para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final".(Voto No. 7 190-94 de las 15:24 hrs. del 6 de diciembre de 1994, criterio reiterado en el Voto 3929-95 de las 15:24 hrs. del 18 de julio de 1995, considerando V).

Ahora bien, tampoco se puede perder de perspectiva que las medidas cautelares, y en concreto la suspensión de la ejecución, cumplen, también, con una función subjetiva que

consiste en garantizar la integridad o satisfacción anticipada y provisional de las situaciones jurídico-sustanciales.

Es importante subrayar que el auto 402-95 del Tribunal Superior, reconoce que para el caso concreto del proceso contencioso-administrativo, la tutela cautelar cumple una función específica, y es que sirve como mecanismo procesal para restablecer el difícil, pero necesario equilibrio entre las potestades o prerrogativas de la Administración con los derechos fundamentales de los administrados (12) -artículo 8 de la Ley General de la Administración Pública-.

Lo anterior, determina la necesidad imperiosa de romper con la atadura dogmática de concebir la suspensión de la ejecución como una medida excepcional -frente a la presunción de legitimidad del acto administrativo, artículo 176 LGAP- que perturba la correcta gestión administrativa de los intereses públicos, para proceder a ponderar sus relevantes perfiles constitucionales. Efectivamente, la Administración Pública, suele valerse, indebida y de mala fe, de la lentitud fisiológica y patológica del proceso y de la autotutela declarativa y ejecutiva, para desgastar y minar la posición del administrado (13).

Frente a la necesidad de atenuar los privilegios de la "ejecutividad" y "ejecutoriedad", la doctrina se ha decantado por flexibilizar el instituto de la suspensión de la ejecución. La consagración expresa en el texto constitucional del derecho a una justicia pronta, cumplida y sin denegación (art. 41 CP) -tutela judicial efectiva- se instituye como el principal valladar a las potestades de auto tutela de la Administración (14).

La ejecutividad inmediata del acto administrativo (artículos 140 y 176 LGAP), que obliga al administrado a accionar y le otorga a la Administración una posición procesal más cómoda, puede instituirse, virtualmente, en un serio obstáculo para la tutela judicial efectiva, puesto que, además de generar consolidación irreversible de situaciones ilegítimas, convertir al proceso administrativo en un instrumento de serias iniquidades apartándolo de la justicia material (15).

De cara a tal predicamento, y a fin de garantizar la efectividad de la tutela judicial -artículo 41 CP- debe propugnarse por proyectar la "cláusula regia" del Estado de Derecho, contenida en el artículo 49 de la Constitución Política -control de la legalidad de la función administrativa (16)-, al carácter inmediatamente ejecutivo de los actos dictados por la Administración (17). Ante la prolongación del proceso, esa fiscalización de la ejecutividad debe ser adelantada al pronunciamiento de fondo. Ello implica que la ejecutividad del acto no puede estar exenta de control jurisdiccional, al contrario, debe ser objeto de una justiciabilidad plena.

En suma, la eficiencia, eficacia, continuidad y celeridad de la función administrativa (artículos 4 y 269 LGAP), no pueden menguar, bajo ninguna perspectiva, el derecho del administrado a una justicia pronta y cumplida (18).

III. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA

CAUTELAR

Uno de los principales aspectos del auto 402-95 del Tribunal Superior, es el reconocimiento explícito del derecho fundamental a la tutela cautelar, veamos:

"II. ... Resulta obvio, que el derecho a la tutela cautelar y el deber correlativo del órgano jurisdiccional de actuar cuando concurren los presupuestos establecidos en la ley, cuya titularidad ostenta todo justiciable, posee una profunda raigambre constitucional, y más concretamente forma parte del haz de facultades que conforman el contenido esencial del derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida (tutela judicial efectiva, o en los términos de la Sala Constitucional derecho general a la jurisdicción, artículo 41 de la Constitución Política). En tal sentido, se puede sostener, que no existe una tutela judicial pronta y cumplida -efectiva- sin una cautelar flexible y expedita." (el énfasis no es del original).

Esta consideración tiene enormes repercusiones prácticas y dogmáticas, toda vez, que se reconoce de forma manifiesta que el derecho fundamental innominado a la tutela cautelar forma parte del contenido esencial del derecho a una justicia pronta y cumplida, esto es, constituye una faceta o manifestación más de éste (19), en tanto el juez debe garantizar la eficacia de la sentencia definitiva, es decir, que la tutela judicial efectiva sea satisfactoria y no meramente resarcitoria o sustitutiva -indemnización de los daños y perjuicios (20)-. Lo anterior, se impone en virtud de la eficacia directa e inmediata del Derecho de la Constitución, que le establece al órgano jurisdiccional el deber de garantizar una tutela judicial efectiva (21), por lo que no puede existir ésta sin una tutela cautelar flexible y expedita (22).

Del reconocimiento del derecho a la tutela cautelar como parte del contenido esencial de la tutela judicial efectiva, surge un importante corolario: el legislador no puede negar o condicionar, para hipótesis concretas, la posibilidad de solicitar la suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnada. Desde tal perspectiva, y a modo de ejemplo, resulta inconstitucional por contrariar el parámetro o bloque de constitucionalidad el artículo 83.9 LRJCA, al establecer, para el procedimiento especial en materia tributaria o impositiva, que "En ningún caso se accederá a la suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnados."

Tal derecho, ya reconocido por la doctrina (23), supone, como bien lo señala el Tribunal Superior en el auto objeto de comentado, el deber correlativo del órgano jurisdiccional de ordenar las medidas cautelares necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia de mérito cuando concurren los presupuestos establecidos en la ley e inherentes a la naturaleza de las mismas. Este aserto, tiene una importantísima consecuencia, consistente en romper con la anquilosada opinión que el otorgamiento de la suspensión de la ejecución depende de la libre y prudente apreciación del órgano jurisdiccional. Al contrario, no hay nada librado a la discrecionalidad judicial, sino que opera un mecanismo riguroso de derecho-deber (24).

Obviamente, tal derecho tendrá sus límites, así por ejemplo, no puede afectar el

principio de igualdad -constituyendo un injustificado privilegio procesal- y el derecho de defensa de la parte demandada. Igualmente, los principios de proporcionalidad, razonabilidad y *pro libertate* juegan en este ámbito un rol de primer orden.

IV. ¿CUÁNDO RESULTA CONSTITUCIONALMENTE OBLIGATORIA LA SUSPENSION DE LA EJECUCION Y EN GENERAL LA TUTELA CAUTELAR?

En todos los supuestos en que los derechos subjetivos e intereses legítimos pueden desaparecer, dañarse o perjudicarse irremediabilmente, la suspensión de la ejecución o cualquier otra medida precautoria, deviene constitucionalmente obligatoria, pues ocurriendo a la Ley y a los Tribunales -quienes deben protegerlos- (art. 49, párrafo in fine, CP), tales situaciones jurídicas sustanciales deben ser reparadas o protegidas mediante una justicia pronta y cumplida (art. 41 CP).

En suma, los artículos 41, 49, 154 CP -sometimiento del Poder Judicial a la Constitución-, 20 y 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial le imponen al órgano jurisdiccional el deber de conceder la medida adecuada, cuando existe el riesgo de causarle a la situación jurídica sustancial del justiciable un daño o perjuicio irreparable (25).

V. EL PRINCIPIO CHIOVENDIANO COMO FUNDAMENTO DE LA SUSPENSION DE LA EJECUCION Y DE LA TUTELA CAUTELAR EN GENERAL

El auto 402-95 reconoce, también, que la suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnados y cualquier otra medida cautelar,

"II ...encuentra sustento en el principio general del derecho procesal común conforme al cual **"la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe convertirse en daño para quien probablemente tiene razón"** (principio formulado originalmente por Chiovenda, y posteriormente redefinido por Calamandrei) (el énfasis no es del original).

Innegablemente, se trata de un principio general del derecho procesal común de relevancia constitucional que informa el entero ordenamiento jurídico, que le otorga al juez de lo contencioso-administrativo un poder general de cautela para adoptar las medidas indispensables para evitar que la duración del proceso vaya en daño del actor que probablemente tiene razón (26).

De este principio surge una implicación de enorme relevancia, y es que la ley no es la única fuente del proceso, las normas procesales se pueden deducir de principios no escritos del ordenamiento (artículos 7.1, 9.2, 14 LGAP; 5º, párrafo 3º, LOPJ; 1 y 4º del Código Civil), por lo que no puede entenderse que existe una suerte de reserva de ley para las medidas o poderes cautelares del juez (27).

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio chiovendiano, tiene una profunda raigambre constitucional en el artículo 41 CP que impone una justicia pronta, cumplida y sin denegación. En todo caso, se trata de un principio del derecho procesal común que siempre ha estado latente, pues una visión sistemática y armónica de la dispersa regulación de las medidas cautelares permite descubrir fácilmente tal principio (artículos 72, 91 LRJCA; 41, párrafo 4º LJC y 242 CPC).

VI. CTERISTICAS ESTRUCTURALES DE LA SUSPENSION DE LA EJECUCION

El auto del Tribunal Superior, tantas veces citado, (considerando III) reconoce que la suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnada presenta, como toda medida precautoria, una serie de características estructurales:

1. Instrumentalidad

Instrumentalidad en relación con la sentencia definitiva, cuya efectividad garantiza provisionalmente anticipando, total o parcialmente, sus efectos; lo que determina, a su vez, su subordinación y accesoriedad respecto del proceso principal (28).

Tal instrumentalidad es de "segundo grado" o reforzada, por su relación con la finalidad última de la función jurisdiccional, al constituir el "instrumento del instrumento" (29). Es, asimismo, hipotética, puesto que, asegura la eficacia práctica de la sentencia definitiva, bajo el supuesto que ésta tenga un contenido determinado, del que se anticipan sus efectos previsibles (30).

2. Provisionalidad

La suspensión de la ejecución es, necesariamente provisoria, ya que la relación constituida es, por naturaleza, intrínsecamente interina, se agota en el momento de dictarse la sentencia de mérito. Consecuentemente, la suspensión de la ejecución tiene una "vida genéticamente provisoria", hasta tanto no sobrevenga la decisión definitiva, opera con autonomía y estabilidad relativas sobre la situación jurídica cautelada (31).

La duración de la suspensión de la ejecución, está supeditada a la pendencia del proceso principal, por lo que su eficacia nunca es definitiva, sino tan solo provisoria (32).

La provisionalidad de la suspensión de la ejecución, trae causa de su "intrínseca modificabilidad y revocabilidad" (33). Efectivamente, durante su vigencia, pueden producirse modificaciones por ulteriores variaciones en las circunstancias concretas que determinen su mutación -eficacia "*rebus sic stantibus*" de la suspensión de la ejecución- (34).

La suspensión de la ejecución, produce un efecto vinculante en tanto no se alteren los presupuestos que fundaron el dictado del auto, no obstante, si acontece lo anterior, deja

de producirse aquél. No existe contradicción alguna en reconocerle a la suspensión de la ejecución efectos de cosa juzgada, dentro de los límites indicados, siempre que descansa sobre idénticos presupuestos, esto es, la misma *causa petendi*, no obstante, si ésta varía, existen motivos suficientes para modificar o revocar la suspensión (35).

En este sentido, el artículo 93.4 LRJCA, permite el levantamiento de la suspensión "...por cualquier otra causa que no sea el acuerdo de las partes...", habrá que entender que este numeral faculta al órgano jurisdiccional para modificar o revocar la suspensión de la ejecución cuando haya una variación de las circunstancias y presupuestos.

3. Urgencia

La urgencia presupone dos exigencias fundamentales: evitar la causación de un daño o perjuicio, por lo que para lograr tal objetivo se derogan una serie de reglas generales.

Merced a las exigencias de la sociedad contemporánea la tutela judicial debe ser rápida para que realmente sea efectiva, por lo que el factor tiempo es determinante para garantizar el acceso a la justicia (36).

La urgencia puede determinar que el órgano jurisdiccional, siempre a petición del demandante y en casos especialísimos, ordene la suspensión de la ejecución *prima facie* (artículo 92.4 LRJCA).

En este supuesto, el juez ordena la suspensión motivado por razones de máxima urgencia, sin concederle a la Administración la audiencia prescrita en el párrafo 2 del artículo 92 *ibidem*, todo con el propósito de garantizar la actuación y eficacia de la suspensión, puesto que, existen hipótesis en las que la premura por proveer no admite dilación -ni siquiera el contradictorio-, o bien, concederle audiencia a la Administración puede implicar que ésta se sustraiga a los efectos de la suspensión (37).

Un aspecto polémico es si nuestro ordenamiento jurídico procesal administrativo, admite la suspensión de la ejecución *ante causam*, esto es, su solicitud antes de ser interpuesto el proceso principal.

La mejor doctrina no ha dejado de señalar que la imposibilidad de plantear la suspensión de la ejecución -o cualquier otra medida cautelar- antes de la iniciación del proceso es uno de los graves defectos del contencioso-administrativo (38).

A nuestro juicio, la suspensión de la ejecución solicitada *ante causam* es un valioso instrumento que debería admitirse, excepcionalmente, para el proceso administrativo condicionada, en virtud de la instrumentalidad, a la interposición del proceso principal en un término perentorio, relativamente breve. Para tal efecto, abogamos en aplicación de la cláusula supletoria general contenida en el artículo 103 LRJCA, acudir al ordinal 241 del Código Procesal Civil, a cuyo tenor el procedimiento cautelar "podrá ser instaurado antes... del proceso principal...", eso sí, con el deber, tal y como lo establece el artículo 243 *ibidem*,

de interponer el proceso "... en el plazo de un mes contado desde la fecha en que se realizó la medida cautelar, cuando ésta hubiere sido concedida en procedimiento preparatorio."

En tales hipótesis, la eficacia de la suspensión de la ejecución, quedaría condicionada a la interposición del proceso principal que justifica su adopción. Lógicamente, debe aplicarse la condición resolutoria prevista en el artículo 243 del Código Procesal Civil, cesando la eficacia de la suspensión de la ejecución solicitada ante causam si no se procede de esa forma.

En síntesis, la suspensión de la ejecución concedida antes de iniciarse el proceso, deviene, ineluctablemente, ineficaz si el proceso de cognición plena no es incoado dentro del término perentorio prefijado por la ley. Lo cual obedece a la presunción de desinterés, inferible de la inactividad procesal del beneficiario de la medida, y a la necesidad de evitarle perjuicios a la Administración destinataria. Si el administrado no interpone la demanda en el plazo, incurre en un abuso del derecho -a la tutela cautelar-que resulta imposible cohonestarlo indefinidamente en perjuicio de la Administración Pública, por lo que podría haber, además de la condenatoria en costas, la indemnización a ésta por los daños y perjuicios irrogados, al detener injustificadamente la continuidad y regularidad de la actuación administrativa.

4. *Summaria cognitio*

La cognición sumaria o *prima facie cognitio*, parte de la verosimilitud de los hechos y no de su determinación absoluta y completa, lo que no deja de ser delicado, por cuanto, el contradictorio y la pariedad de las partes se ven sensiblemente afectados (39).

Tal cognición sumaria obedece al designio de la urgencia, como también a la necesidad de no transformar el auto que resuelve el incidente de suspensión de la ejecución en la sentencia de mérito, prejuzgando el fondo del asunto (40). Para que la suspensión despliegue su función, el órgano jurisdiccional debe conformarse con la verosimilitud o probabilidad resultante de una cognición más expedita y superficial que la ordinaria (41).

El objeto de la cognición sumaria lo constituyen los presupuestos de la suspensión de la ejecución, conformados por el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*.

VII. PRESUPUESTOS

Para la adopción de la suspensión de la ejecución, es preciso que concurren, concomitantemente, los dos presupuestos ya indicados (42). El *periculum in mora* no puede ser el presupuesto determinante, como equívocamente se ha sostenido por algunos autores (43), ya que, el juez debe observar si además existe la apariencia de buen derecho, por cuanto de no verificarse ésta, resultaría inútil el temor a su insatisfacción -de la situación jurídica sustancial probable o aparente-.

1. Periculum in mora

El Tribunal Superior, en el auto N^o 402-95 define el peligro en la mora de la siguiente forma:

"IV.-... El *periculum in mora*, consiste en el temor razonable y objetivamente fundado de la parte actora de que la situación jurídica sustancial aducida resulte seriamente dañada o perjudicada de forma grave e irreparable durante el transcurso del tiempo necesario para dictar la sentencia principal. Síguese de lo anterior, que el *periculum in mora* requiere la concurrencia de dos elementos: el daño inminente y la demora del proceso ordinario de cognición plena. En los términos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, este presupuesto se plasma en el artículo 91.2 al señalar que "Procederá ésta -la suspensión- cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil"

Como se ve, el *periculum in mora* es el peligro que amenaza a la situación jurídica, en virtud de la lentitud de la tutela ordinaria (44). Debe ser, tal y como lo indica el auto transcrito, un temor objetivamente fundado, que corresponda a una situación de peligro actual, real y objetiva, determinada por las condiciones en las que se encuentra el administrado (45).

El daño grave e inminente supone una probabilidad cercana, de ahí la urgencia con que debe ser adoptada la suspensión de la ejecución, pues de no ser así el daño temido deviene efectivo. En general, cualquier riesgo que pueda suponer amenaza de ineffectividad es, potencialmente, un posible peligro que la suspensión de la ejecución está llamada a conjurar (46).

El *periculum in mora* como concepto jurídico indeterminado que es, resulta difícilmente reconducible a un contenido unívoco, traduciéndose en una situación de hecho compleja y variable.

Ocasionalmente, el legislador presume el *periculum in mora*, por lo que el órgano jurisdiccional prescinde de cualquier indagación acerca de su existencia y entidad (47). Es el caso de la Jurisdicción Constitucional, en la que a tenor del artículo 41, LJC cuando se interpone un recurso de amparo impugnando un acto concreto, la suspensión de la ejecución opera de pleno derecho, salvo que ésta amenace causar daños o perjuicios ciertos e inminentes a los intereses públicos. En este supuesto, la ley presume el *periculum in mora* en función de la especial protección atribuida a los derechos fundamentales (artículo 48 de la Constitución Política); adicionalmente, se supone que la ejecución de todo acto que afecte derechos fundamentales, produce, en grado sumo, daños o perjuicios de reparación imposible o difícil (48).

La suspensión de la ejecución, al ser una medida cautelar conservativa -mantiene intacto el *status quo ante* (49)- conjura un tipo especial de *periculum in mora*, que ha sido denominado por la doctrina el de infructuosidad o inutilidad de la sentencia definitiva, tal

periculum consiste en que durante el tiempo necesario para el desarrollo del proceso ordinario, pueden sobrevenir hechos lesivos que hagan imposible o muy difícil la efectividad concreta de la futura sentencia de fondo (50). Este tipo de *periculum* se combate mediante la congelación o cristalización de la situación de hecho o derecho, durante el tiempo necesario para que sea dictada la sentencia (51). Por consiguiente, la suspensión de la ejecución impide que la situación de hecho o derecho sobre la que recaerá la sentencia principal se modifique durante la pendencia o mora del proceso.

En punto a la demostración del *periculum in mora*, no existe absoluta unanimidad, puesto que, se puede sostener, bajo ciertas circunstancias, que el *periculum in mora* debe ser valorado por el juez pero no precisa de su demostración. Así, en el Auto 402-95 del Tribunal Superior, se indica con claridad meridiana lo siguiente:

"V... En otro orden de ideas, y a propósito del argumento del representante del Estado en el sentido que la incidentista no demostró los daños y perjuicios de reparación imposible o difícil, es preciso señalar que **en ocasiones tales daños inminentes resultan acreditados a partir del planteamiento de la cuestión de fondo, donde pueden quedar de relieve por su propia evidencia...**" (el énfasis no es del original).

No obstante lo precedentemente señalado, debe entenderse que lo normal y ordinario, es que el administrado que solicita la suspensión de la ejecución, acredite el *periculum in mora*, hasta lograr un grado de certeza razonable acerca de la amenaza inminente de un daño a la situación jurídica sustancial de la que, probablemente, *es* titular. En tal sentido, la doctrina afirma que la cognición acerca del *periculum* debe asumir un nivel de certeza sobre la existencia de las condiciones de hecho (52).

Un tópico que resulta ineludible abordar, es el consabido argumento empleado por la representación del Estado en los incidentes de suspensión, consistente en aducir que la reparabilidad del perjuicio, merced a la solvencia de las arcas del Estado, excluye la suspensión. Sobre este particular, la doctrina se inclina por no excluir el criterio de la dificultad de la reparación por el simple hecho que el daño o perjuicio que derive de la ejecución sea cuantificable económicamente, y por ende, reparable merced a la supuesta solvencia de la Administración (53).

Con relación a este aspecto, el Tribunal Superior en el auto N° 402-95 estimo:

"V... la dificultad o imposibilidad en la reparación no cabe excluirla alegando la posibilidad de valorar pecuniariamente el daño o perjuicio. En este sentido la doctrina se ha mostrado partícipe de rechazar categóricamente la afirmación apodíctica, alegada por la Procuraduría General de la República, de la solvencia de la Administración Pública, por lo que resulta absolutamente improcedente rechazar la suspensión de la ejecución con fundamento en una argumentación puramente crematística..."

2. Bilateralidad del *periculum in mora* (principio de proporcionalidad)

Este constituye un perfil más del *periculum in mora*, pero se erige en uno de los presupuestos fundamentales que el órgano jurisdiccional debe considerar para decretar o no la suspensión de la ejecución (54).

Precisamente, el auto de comentario rescata este criterio al indicar:

"IV.- ... Uno de los perfiles más relevantes de este presupuesto *-periculum in mora-*, está constituido por lo que la doctrina ha denominado la "bilateralidad del *periculum in mora*" o "perjuicio bilateral alternativo", aspecto que le impone al órgano jurisdiccional aplicar el principio de proporcionalidad *-razonabilidad técnica-*, ponderando los diversos intereses involucrados al acordar la suspensión de la ejecución. De consiguiente, el juez debe valorar comparativamente el interés del sujeto activo de la suspensión *-solicitante-* con el interés público y el de terceros, por lo que, únicamente, otorgará la medida cuando el perjuicio que pueda sufrir el solicitante sea cualitativa y cuantitativamente superior al daño sufrido por la contraparte *-Administración Pública-* o un tercero. Esta faceta del *periculum in mora* se encuentra patente en el artículo 93.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa al exigirle al incidentista a cuyo favor se ha dictado la suspensión de la ejecución una contracautela *-caución-* si pudiere resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero...".

Como se ve, este concepto, extraído de la doctrina italiana (55), le impone al órgano jurisdiccional reflexionar sobre la función, presuntamente reequilibradora de las situaciones jurídicas sustanciales desbalanceadas, de la suspensión, esto es, su finalidad de compensar la intrínseca desventaja de la parte más vulnerable. En tales supuestos, tal función resulta neutralizada por el perjuicio contrapuesto del destinatario de esa medida cautelar (56).

Si bien el interés público en la LRJCA, es contemplado desde un ángulo exclusivamente procesal (art. 93.1), y no sustancial, este concepto jurídico indeterminado debe ganar terreno en la mecánica sustancial de la suspensión de la ejecución, trasladando el *onus probandi* de la perturbación del interés público o general a la Administración (57).

La exigencia de ponderar el interés público o de tercero (58), obedece a la necesidad de no partir de un criterio unidireccional y absoluto (irreparabilidad de los perjuicios) en el otorgamiento de la suspensión de la ejecución. En suma, el perjuicio de difícil o imposible reparación debe dejar de ser el eje sobre el cual bascule todo el sistema cautelar del contencioso-administrativo (59).

Este elemento del *periculum in mora*, pone de manifiesto la necesidad de armonizar o equilibrar la eficiencia y continuidad de la actuación administrativa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del administrado (artículo 8 LGAP).

Un aspecto de trascendental importancia, subrayado en el auto supracitado, es que:

"IV... tal ponderación de los intereses involucrados en el proceso administrativo, no puede implicar una potenciación del interés público, puesto que, el artículo 41 de la Constitución Política, no permite que los derechos fundamentales a una tutela judicial efectiva y a la tutela cautelar estén condicionados o excepcionados por la relevancia o no de un interés público o supuesta "razón de Estado" cuya titularidad ostenta la Administración Pública. Es decir, ningún interés público puede llegar al extremo de sacrificar la tutela judicial efectiva que comprende la cautelar. **Bajo esta inteligencia, la causación de un perjuicio a los intereses de la Administración Pública o de un tercero, únicamente puede enervarle al administrado la posibilidad de obtener la suspensión de la ejecución cuando aquél sea cuantitativa y cualitativamente superior al daño que puede sufrir el último con la ejecución del acto...**" (el énfasis no es del original).

De esta forma, el Tribunal Superior sienta dos principios de incalculables consecuencias en materia de suspensión de la ejecución:

a) La ponderación de los intereses en juego -del administrado, interés público y de terceros- no puede suponer, bajo ningún concepto, otorgarle prevalencia al interés público (60). Esto es, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la tutela cautelar, no pueden ser sacrificados en el altar del interés público. En el Estado social de derecho es sabido que la satisfacción del interés general deriva, necesariamente, de la actuación conjunta Estado-Sociedad para el logro de los fines públicos, esto es, el interés público no coincide con el interés de la Administración, o lo que es lo mismo, el interés general no es patrimonio exclusivo de la última, sino que existen una serie de organizaciones colectivas y grupos de presión cuya actuación, también, se dirige a la satisfacción del interés general (61).

b) Sólo un perjuicio al interés público o de un tercero cualitativa y cuantitativamente superior con relación al irrogado al ciudadano con la ejecución del acto puede enervar su derecho a la suspensión de la ejecución (62).

3. *Fumus boni iuris*

3.1. Definición

Recientemente, la doctrina ius administrativista ha reivindicado el papel del humo o apariencia de buen derecho (63), como presupuesto que fluye de la propia naturaleza de la tutela cautelar, aunque no se encuentre previsto en la ley procesal (64).

Tal y como lo ha definido con exactitud el Tribunal Superior, en el auto 402-95 este presupuesto se traduce:

"IV... en un juicio hipotético de probabilidad o verosimilitud acerca de la existencia de la situación jurídica sustancial y éxito de la pretensión principal en la sentencia definitiva, y se manifiesta en la seriedad, fundamento y consistencia de las pretensiones invocadas por el actor."

Obviamente, la verificación de este presupuesto debe efectuarla el órgano jurisdiccional antes de conceder la suspensión de la ejecución, sin que tal juicio prejuzgue el fondo del asunto dada la cognición sumaria, de cuyo resultado el buen juez, al resolver definitivamente, sabrá siempre prescindir.

3.2. Juicio de probabilidad y verosimilitud

El juicio sobre la situación jurídica sustancial cautelada debe ser aproximativo, presuntivo, "prima facie" pues en vía sumaria no es posible establecer con certeza su existencia, ya que, para tal fin está el proceso ordinario de cognición plena. En virtud de la urgencia y la sumariedad el órgano jurisdiccional debe conformarse con la apariencia de buen derecho o verosimilitud, se prescinde de la certeza que ofrece la plena cognitio. (65).

Consecuentemente, la indagación del *fumus boni iuris* se reduce a un juicio o cálculo de probabilidad y verosimilitud sobre la existencia de la situación jurídica sustancial tutelada (66), razón por la que no prejuzga el mérito del asunto (67); y se afirma esto último, porque bien puede suceder que el estudio de fondo destruya la apariencia, en cuyo caso la sentencia final deberá desestimar las pretensiones aducidas.

Se afirma que el *fumus*, desde un punto de vista fenoménico, es una "emanación vaporosa" que solamente se "intuye" por el juez (68), esto es, una valoración subjetiva y discrecional. No obstante, como bien lo acota García de Enterría este presupuesto debe determinarse a partir de una ponderación previa según criterios jurídicos objetivos, no se trata de apelar al olfato del juez, pues el humo de buen derecho no se aprecia por la nariz, sino mediante una valoración objetiva "prima facie" del fondo del proceso, para de esa forma no caer en el terreno de lo subjetivo e inaprensible (69). Indudablemente, existe una cierta "zona de incertidumbre" en los términos bien conocidos de la teoría del "margen de apreciación" (70).

Basta, entonces, que el juez compruebe y arribe al convencimiento, en virtud de la prueba disponible, que el derecho o interés legítimo invocado por el solicitante probable o presumiblemente será reconocido en la sentencia definitiva de mérito (71). Esto es, la situación jurídica sustancial debe presentar "prima facie" admisibilidad y fundamento jurídico, una razonable apariencia; o si *se quiere*, en un sentido negativo, que los motivos de la pretensión aducida en el recurso no sean manifiestamente infundados (72), por lo que el recurrente tiene probabilidad de salir vencedor de la contienda (73).

El órgano jurisdiccional realiza un juicio hipotético o cálculo probabilístico del contenido de la futura sentencia principal (74), y más en concreto del éxito de la pretensión principal, dado que "... la concesión de la providencia cautelar está, implícitamente pero necesariamente, basada en la previsión de que la parte solicitante tenga probabilidades de resultar victoriosa en el mérito..." (75).

3.3. Diferencia entre juicio de probabilidad y juicio de verdad

Afirma Calamandrei que toda sentencia se reduce a un juicio de probabilidad o verosimilitud, y no de verdad absoluta (76). Empero, hay supuestos en el derecho procesal en los que la ley contrapone la verosimilitud a la verdad, al disponer que aun antes del juicio definitivo acerca de la verdad de un hecho en que puede fundarse el fallo, baste el juicio acerca de la verosimilitud de él para producir *in itinere* ciertos efectos procesales, como podría ser ... la concesión de una providencia sumaria." (77)

Para comprender la distinción, basta señalar que el juicio de verosimilitud "tiene un carácter instrumental, en contraposición al juicio de verdad, que tiene carácter final. El juicio de verosimilitud, en los casos en que el derecho procesal lo considera relevante, tiene esta característica: que es un juicio emitido, no sobre el hecho, sino sobre la afirmación del hecho, es decir, acerca de la alegación (*positio*) del hecho, proveniente de la parte que pide ser admitida a probarlo y que lo afirma como históricamente ya ocurrido" (78).

El órgano jurisdiccional en un proceso dispositivo tiene que decidir "*secundum allegata et probata partium*", así se presentan dos momentos claramente distinguibles: en primer término la parte debe alegar o afirmar y describir los hechos, y luego, probarlos; el juicio de verosimilitud concierne "al primer momento, el de la alegación, antes de que el procedimiento probatorio ya haya sido iniciado; mientras que el juicio final de verdad (aunque el juicio de verdad, psicológica y sociológicamente, se reduzca, en último análisis, a un juicio de verosimilitud), versa acerca de los resultados de las pruebas, sólo puede intervenir en clausura del procedimiento probatorio" (79).

En el caso de la suspensión de la ejecución, basta el juicio de verosimilitud, dada su característica estructural de la provisionalidad, pues la misma tiene un ciclo vital interino, hasta que en el proceso principal se dicta la sentencia de mérito. En virtud de su precariedad puede "fundarse en el pedestal poco resistente de una verdad también interina, cual puede surgir de una simple valoración de verosimilitud." (80).

En suma, la adopción de suspensión de la ejecución no puede fundarse en la certeza sobre la existencia de la situación jurídica alegada en el proceso principal, ni en la mera solicitud del demandante, se precisa que la pretensión aducida ofrezca indicios de probabilidad, verosimilitud y seriedad (81).

Por ello, el *fumus boni iuris* resulta ser el "término medio entre la certeza, que establecerá la resolución final del proceso principal, y la incertidumbre, base de la iniciación de ese proceso; ese término medio es la verosimilitud." (82).

3.4. Prueba del *fumus boni iuris*

A efecto de simplificar y acelerar el dictado de la suspensión de la ejecución, la ley autoriza al juez a conformarse con un juicio de verosimilitud "fundado en pruebas leviores, o como también se dice, en pruebas *prima facie*" (83)

Normalmente, cuando la ley le concede relevancia al juicio de probabilidad, como

etapa diferente al juicio de verdad, transforma la alegación en prueba provisional; con lo que el juez no puede permanecer inerte ante la alegación de parte, sino que debe estimarla creíble al efecto de conceder la suspensión de la ejecución (84). En este sentido García de Enterría estima que el "humo de buen derecho" consiste en una "... valoración anticipada de las posiciones de las partes, valoración prima facie, no completa, puesto que el proceso puede estar en sus inicios y no se han producido aún alegaciones de fondo ni prueba; valoración, por tanto, provisional y que no prejuzga la que finalmente la Sentencia de fondo ha de realizar detenidamente." (85).

3.5. Manifestaciones concretas del *fumus boni iuris* en el proceso contencioso-administrativo

La apreciación del *fumus*, debe tener en consideración la posición asumida por las partes para lo que es menester conocer sus pretensiones y el expediente administrativo (86). El *fumus boni iuris* sólo puede apreciarse, en tesis de principio, en el momento de la formalización de la demanda, al carecer, antes de ese momento, de elementos de juicio suficientes. No obstante, habrá ocasiones en las que, necesariamente, la suspensión de la ejecución debe y puede adoptarse desde la interposición misma de la demanda (87) -tal y como lo permite el art. 92.4 LRJCA, y aun "ante causam"- . Para subsanar los posibles inconvenientes, el solicitante podrá aportar todos los datos posibles y el tribunal valorar la conducta y comportamiento de las partes (88).

En el proceso administrativo, la verosimilitud del derecho invocado puede comprender la acreditación, prima facie, de las arbitrariedades o irregularidades del acto administrativo, sea su ilegalidad (89). En este sentido, la Recomendación del Consejo de Europa relativa a la protección jurisdiccional provisional en materia administrativa de 1989 -N^o R89-8 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 13 de septiembre de 1989- (90), señala claramente (Principio II) que el juez puede adoptar la medida cautelar "cuando existe un argumento jurídico aparentemente válido frente a la ilegalidad del acto administrativo".

Del mismo modo, podría estar constituido por la ilegalidad de la disposición administrativa (91) -art. 8 LOPJ-, igualmente puede derivar de la supuesta inconstitucionalidad de la ley o disposición general que le da cobertura a la actuación administrativa, claro está que en este último supuesto, el órgano judicial, si tiene dudas fundadas, debe efectuar la consulta de constitucionalidad -arts. 8.1 LOPJ y 102 y ss. LJC- (92).

La apariencia de buen derecho debe deducirse tanto de la consistencia, fundamento y seriedad de las pretensiones invocadas por el recurrente, así como de la falta de seriedad en la respuesta de la Administración (93).

Eventualmente, podría reputarse como falta de contestación seria de la Administración el silencio administrativo, pues en este caso "No sólo no opone... una "contestación seria", sino que ¡ni siquiera contesta en absoluto!..., el silencio administrativo,

juegue el papel que juegue a otros efectos, es la expresión misma de una radical falta de "contestación seria" por parte de la Administración a las pretensiones "aparentemente" fundadas de los ciudadanos." (94). Por consiguiente, el silencio administrativo debe convertirse en un supuesto absolutamente normal de aplicación de suspensión de la ejecución, con las salvedades del caso entrándose del silencio negativo, en el cual se produce un acto presunto negativo no susceptible de ejecución.

Otro factor importante, para determinar el *fumus boni iuris* del administrado es la tardanza u omisión de la Administración en enviar el expediente administrativo, lo que revela de por sí falta de seriedad y diligencia (95).

De igual forma, la nulidad absoluta del acto o disposición cuya ejecución se pide suspender apreciada prima facie, sobre todo cuando es evidente y manifiesta, puede resultar suficiente para adoptar tal medida cautelar. El fundamento teórico, en esta hipótesis, resulta incuestionable, pues, si la "ejecutividad inmediata" descansa en la presunción de legitimidad, ésta no opera en relación a los actos absolutamente nulos -art. 169 LGAP- (96).

Cabe señalar, finalmente, que si el asunto se encuentra en alzada, y la sentencia de primera instancia es estimatoria de las pretensiones del recurrente, se refuerza la apariencia de buen derecho de la posición de éste (97).

VIII. EL PAPEL DE LA CAUCION EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. Paliativo del riesgo propio de la sumariedad y urgencia

Las cauciones cumplen un rol primordial en cuanto contribuyen a mitigar los eventuales errores o riesgos inherentes a la prognosis (previsión) que debe realizar sumariamente el juez, en virtud del juicio hipotético de probabilidad y verosimilitud, al permitirle acordar una contramedida, en el supuesto de ser la sentencia principal desestimatoria de la pretensión del solicitante (98).

La suspensión de la ejecución, como toda medida cautelar, presenta un alto grado de peligrosidad al estar basada en una cognición sumaria, la que, en ocasiones, es fuente de un daño injusto irrogado al destinatario pasivo de la medida cautelar o a terceros (99), ese peligro es el que trata de conjurar la caución.

La suspensión de la ejecución supone un riesgo o margen de error que constituye el precio de la rapidez o del "hacer pronto, el cual debe recaer, en tesis de principio, en las espaldas de quien se beneficia del mismo" (100).

Un buen y equilibrado sistema de contracautelas facilita el otorgamiento de todo tipo de medidas cautelares (101), al garantizar la indemnidad del sujeto pasivo, ampliar el arbitrio judicial y reducir la exigencia de la prueba "prima facie", eso sí, sin llegar al extremo de sustituirla.

No obstante, conviene indicar que la panacea a los efectos irreversibles o difícilmente reversibles que puede producir la suspensión de la ejecución no está en reducir su admisibilidad a la prestación de cauciones inexigibles, dada la condición económica del administrado, o en interpretar restrictivamente los requisitos de admisibilidad de la medida (102), sino en la aplicación del principio de proporcionalidad.

2. Restablecimiento del equilibrio

La caución trata, desde una perspectiva general, en virtud de los efectos conservativos o anticipatorios de la medida cautelar a favor del sujeto activo, de restablecer el equilibrio o igualdad entre las partes (103). *Ratio* que resulta cuestionable cuando *ab origine* existe desigualdad entre las partes, como sucede en el proceso contencioso-administrativo, en el cual el administrado se enfrenta a una Administración provista de privilegios y prerrogativas.

La caución como instrumento para restablecer el equilibrio perdido por la adopción de la suspensión de la ejecución o cualquier otra medida cautelar, parte de la relevancia que el legislador le concede al interés del sujeto pasivo de la cautela o de terceros, la cual se produce como consecuencia de una valoración comparativa por el juez de los intereses contrapuestos en juego (104).

La caución, también, puede, en condiciones de igualdad originaria de las partes, ser instrumento disuasorio de medidas cautelares solicitadas temerariamente o de mala fe, sin fundamento racional y serio, con la finalidad de perjudicar al sujeto pasivo (105). Un sistema cautelar eficaz genera su utilización abusiva ... De aquí la importancia de que la ley establezca garantías eficaces frente a quien usa indebidamente las medidas cautelares." (106)

3. Contracautela para resarcir daños y perjuicios derivados de la actuación de la suspensión de la ejecución

La caución es para el sujeto pasivo de la medida cautelar (Administración Pública) o terceros un instrumento de garantía (107) de la eventual responsabilidad derivada de la suspensión de la ejecución infundada o solicitada sin derecho, en cuanto permite resarcir los daños y perjuicios derivados de su actuación. Ya se acotó como el otorgamiento de tal medida cautelar es una labor un tanto difícil y delicada, debido a su riesgo intrínseco, toda vez que el órgano jurisdiccional adopta una medida intensa en condiciones precarias por la sumaria, urgencia y limitada cognición (108), consecuentemente su concesión demanda

una extraordinaria prudencia, puesto que, pueden causarse serios o graves daños y perjuicios (109).

Cuando en el proceso de cognición plena se establece que la situación jurídica sustancial no existe, y la suspensión de la ejecución ha perjudicado injustificadamente a la Administración o a un tercero, lógicamente éstos tienen derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios (110). Lo anterior significa que opera como cautela de la cautela, o más exactamente como contracautela, en cuanto asegura el derecho al resarcimiento del destinatario de la medida o de un tercero, y restablece el equilibrio entre la celeridad y la justicia (111).

La doctrina apunta que esta contracautela guarda una relación de instrumentalidad negativa con la suspensión de la ejecución y positiva con la sentencia principal "en cuanto asegura preventivamente la realización práctica del derecho al resarcimiento de los daños que encontrará su título en la providencia principal, cuando ésta haya revocado por injusta la provisoria" (112).

4. ¿Presupuesto o condición de eficacia de la suspensión de la ejecución?

La caución, en el proceso contencioso administrativo, no constituye un presupuesto para el otorgamiento de la suspensión de la ejecución. Lo contrario, podría limitar, sensiblemente, el derecho a la tutela cautelar, al existir una situación de desequilibrio originaria. García de Enterría sostiene que la caución no puede ser regla en el contencioso-administrativo, pues "la Administración ha ejercitado previamente su formidable privilegio de la auto tutela creando ella misma, unilateralmente... la situación posesoria que el recurso contencioso-administrativo intenta remover". (113).

En el art. 93.1 LRJCA, se establece que el Tribunal exigirá, si pudiere resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero, la caución suficiente para responder de ellos". De esta forma, el legislador hace facultativa y no preceptiva la exigencia de la caución, es vinculante únicamente cuando la medida cautelar adoptada pueda generar perjuicios (114). Corolario de lo anterior, es que la caución se constituye en condición de eficacia de la medida cautelar acordada, para los supuestos en que sea preceptiva (art. 93.3 LRJCA).

En suma, el juez debe tener un margen de discrecionalidad suficiente para decidir sobre la adopción de la contracautela y sus condiciones (115).

5. Perfil constitucional y rol en el proceso administrativo

En determinados supuestos, sobre todo, cuando existe una desigualdad entre las partes contendientes, la exigencia indiscriminada de la caución conduce, irremisiblemente,

a imposibilitar y frustrar el funcionamiento de la suspensión de la ejecución (116).

La exigencia de caución suficiente para responder de los daños o perjuicios a los intereses públicos o de tercero que resulten de adoptar una medida cautelar "puede dar lugar a situaciones claramente contrarias a cuanto supone la tutela judicial efectiva...esta contra garantía -si queremos que sea real-puede conducir a una auténtica denegación de justicia a quien carece de medios para prestarla. Si la tutela efectiva en un supuesto concreto exige la adopción de la medida cautelar, no debe denegarse ésta por el hecho de quien la solicita carezca de medios para prestar la caución que constituye requisito previo de la cautela" (117).

Es así como el recurso a la técnica de la caución debe ser compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva en cuyo contenido se inserta el derecho a la tutela cautelar (art. 41 CP), y con la exigencia, también, de rango constitucional, de no discriminar el acceso a las formas de tutela judicial efectiva sobre la base de situaciones de insolvencia de la parte solicitante -art. 33 CP- (118).

Sobre el tópico, González Pérez ha señalado que si bien la legislación procesal administrativa trata de concretar el principio de igualdad de las partes en el proceso, la realidad es muy diferente porque "Es un hecho incuestionable que la Administración no aparece ante el juez como una parte procesal en régimen de igualdad (con el particular que con ella se enfrenta). La administración pública ni ante el juez deja de ser un sujeto privilegiado, que goza de una serie de prerrogativas de hecho, en pugna abierta con la justicia. Se ha llegado a hablar de la institucional inferioridad del particular frente a la administración" (119).

Esta constatación de la "quiebra aparatosa" (120) del principio de igualdad de partes en el proceso administrativo, determina el rol de la caución en el mismo: no puede erigirse en regla y menos en presupuesto, ya que en virtud de la singularidad de este proceso, la suspensión de la ejecución es la que restablece el equilibrio al rescatar al administrado de su posición desventajosa, por lo que exigir incondicionalmente una caución haría retornar la situación a su desequilibrio original.

(1) Sobre el particular V. in totum JINESTA LOBO (Ernesto) La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo, San José, Colegio de Abogados, 1996 (en prensa).

(2) Así BIAVATI (Paolo), Note sulla tutela del terzo nei procedimenti cautelari. Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile, anno 1983, p. 999. ALBACAR LOPEZ (José Luis) Contenido y alcance del derecho a la tutela jurisdiccional. La Ley, No. 2, 1982, p. 967.

(3) CARNELUTTI (Francesco), Diritto e processo, Napoli, 1958, p. 155. En igual sentido RICCI (Edoardo), Per una efficace tutela provvisoria ingiunzionale dei diritti di obbligazione nell'ordinario processo civile. Rivista di Diritto Processuale, No. 4, ottobre-dicembre 1990,

p. 1032. RODRIGUEZ MERINO (Abelardo), La tutela cautelar en el proceso Contencioso-Administrativo desde las últimas orientaciones jurisprudenciales. La influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Revista de Estudios Europeos, No. 2, sep-dic. 1992, p. 76.

(4) Así BOVE (Mauro), Sospensione del processo e tutela cautelare. Rivista di Diritto Processuale, No. 4, ottobrediciembre 1989, p. 988. RENGEL ROMBERG (Aristides), Medidas cautelares innominadas. Revista Universitaria de Derecho Procesal, No. 4, p. 1990, p. 463

(5) y. GONZALEZ PEREZ (Jesús), La reforma de la legislación procesal administrativa, Madrid, Ed. Civitas, 1992, p. 34. DELGADO BARRIO (Javier), Crisis de la justicia: el proceso administrativo (una regulación excelente y un resultado decepcionante). Crisis de la justicia y reformas procesales. 1 Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, p. 413. PEDRAZ PENALVA (E.), Sobre la crisis de la justicia. Poder Judicial, 2a época, No. 10, jun. 1988, pp. 35 y ss.

(6) Así GONZALEZ PEREZ (J), La reforma de la legislación procesal administrativa ..., pp. 62-63.

(7) y. SANVITI (Giuseppe), Limiti e alternative della giurisdizione amministrativa. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, anno 1984, p. 76. BADURA (Peter), Limiti e alternative della tutela giurisdizionale nelle controversie amministrative. op. cit. p. 111. DEVIS ECHANDIA (Hernando), Medios para incrementar la eficiencia de los servicios prestados por la justicia judicial. En Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén, Valencia, Ed. Tirant lo blanch, 1990, p. 185.

(8) V. FAZZALARI (Elio), Intervento. Les mesures provisoires en procédure civile (atti del colloquio internazionale Milano 12-13 ottobre 1984), Milano, Giuffrè Editore., 1985, p. 280.

(9) Así GARCIA DE ENTERRIA (Eduardo), La batalla por las medidas cautelares, Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español, Madrid, Ed. Civitas, 1992, pp. 74-75. MUÑOS SABATE (LL.), Hacia una "nueva frontera" en medidas cautelares y diligencias preparatorias. Revista Jurídica de Catalunya, No. 4, 1990, p. 241.

(10) Así FAZZALARI (Elio), voz: Tutela Giurisdizionale dei diritti. Enciclopedia del Diritto, Giuffrè Editore, XLV, 1992, p. 407. FAZZALARI (Elio), voz: Provvedimenti cautelari (Diritto Processuale Civile), op. cit., XXXVII, 1988, p. 841. FAZZALARI (Elio), Profili della cautela. Rivista di Diritto Processuale, No. 1, gennaio-marzo, 1991, p. 4.

(11) Así CALAMANDREI (Piero), Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, traducción de Santiago Sentís Melendo, 1945, p.140. SAPIENZA (Carmelo), I provvedimenti d'urgenza, Milano, Giuffrè Editore, 1957, pp. 5-6. CALVOSA (Carlo), voz: Provvedimenti d'urgenza. Novissimo Digesto Italiano, Torno, UTET, XIV, 1967, p. 455. GARCIA DE ENTERRIA (Eduardo), Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas), y "jurisdicción plenaria" de los Tribunales contencioso-administrativos, no limitada al efecto revisor de los actos previos. Dos sentencias constitucionales. Civitas REDA, No. 79, jul-sept. 1993, p. 480.

(12) Así BARBIERI (Ezio Maria), La sospensione del provvedimento impugnato davanti al giudice amministrativo di primo grado. Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana,

No. 1, gennaio 1987, p. 10. SARMIENTO ACOSTA (Manuel J.), Nueva funcionalidad de las medidas cautelares en el contencioso español. Revista de Administración Pública, No. 129, sep-dic. 1992, p. 405.

(13) V. GARCIA DE ENTERRIA (E.), La batalla por las medidas cautelares...pp. 267.

(14) Así LOPEZ RAMON (Fernando), Límites constitucionales de la auto tutela administrativa. Revista de Administración Pública, No. 115, ene-abr. 1988, pp. 61-62. TORNOS MAS (Joaquín), La situación actual del proceso contencioso-administrativo. Revista de Administración Pública, No. 122, may-ago, 1990, p. 114.

(15) V. CHINCHILLA MARIN (Carmen), La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa, Madrid, Ed. Civitas, 1991, P. 176. TORNOS MAS (Joaquín), La suspensión judicial de la eficacia de los actos en la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Revista Jurídica de Catalunya, No. 4, 1986, pp. 906-907.

(16) V. in totum JINESTA LOBO (Ernesto), El control jurisdiccional de a Administración Pública. Revista Judicial, No. 63, Año XX, 1996 (en prensa).

(17) V. FONT I LLOVET (Tomás), Nuevas Consideraciones mi tomo a la suspensión judicial de los actos administrativos. Civitas Revista Española de Derecho Administrativo, No. 34, jul-sep. 1982, p. 479.

(18) Así GARCIA DE ENTERRIA (E.), Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso administrativas..., p. 480.

(19) V. CHINCHILLA MARIN (Carmen), El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales. Revista de Administración Pública, No. 131, may-ago 1993, p. 171.

(20) Así SICA (Marco), Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza. Nei confronti della Pubblica Amministrazione, Milano, Giuffré Editore, 1991, p. 90.

(21) Así GARCIA DE ENTERRIA (E.), La batalla por las medidas cautelares..., p. 207-208. GARCIA DE ENTERRIA (Eduardo), Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo. Civitas Revista Española de Derecho Administrativo, No. 76, oct-dic. 1992, p. 626.,

(22) Así GARCIA DE ENTERRIA (E.), La batalla por las medidas cautelares..., p. 120. GARCIA DE ENTERRIA (E.), Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas..., p. 479. Al respecto pueden, también, ser consultadas las Sentencias del Tribunal Constitucional Español Nos. 14 del 10 de febrero de 1992 (fundamento jurídico 7') y la 148 del 29 de abril de 1993 (fundamento jurídico 4').

(23) Así GARCIA DE ENTERRIA (E.), La batalla por las medidas cautelares..., pp. 174 y 208. GARCIA DE ENTERRIA (E.), Reflexión sobre la constitucionalización..., p. 630. RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ (Jaime), Suspensión del acto y medidas cautelares Poder Judicial, No. 21, marzo 1991, p. 145. GIMENO SENDRA (Vicente) et alt, Derecho Procesal Administrativo, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 665.

(24) V. GARCIA DE ENTERRIA (E.), La batalla por las medidas cautelares..., pp. 174-175. GARCIA DE ENTERRIA (E.), Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativa...pp. 480-481.

(25) V. PROTO PISANI (Andrea), I provvedimenti e i procedimenti cautelari in generale. La nuova disciplina del processo civile, Napoli, Jovene Editore, 1991, p. 309.

(26) Así SICA (M.), Effettività della tutela giurisdizionale..., p. 90.

- (27) Así op. ult. cit., pp. 95-97.
- (28) V. CALAMANDREI (P.), Introducción al estudio..., pp. 47, 139-140.
- (29) V. op. ult. cit., p. 45. ARIETA (Giovanni), I provvedimenti d'urgenza, Padova, Cedam, 1982, p. 40.
- (30) Así CALAMANDREI (F.), Introducción al estudio..., p. 76.
- (31) op. ult. cit., p. 40.
- (32) V. TOMMASEO (Ferruccio), voz: Provvedimenti di urgenza. Enciclopedia del Diritto, Giuffrè Editore, XXXVII, 1988, p. 861; FAZZALARI (E.), voz: tutela giurisdizionale dei diritti...p. 408; FAZZALARI (E.), voz: Provvedimenti cautelari..., p. 842. PROTO PISANI (A.), I provvedimenti e i procedimenti cautelari..., p. 303; COMOGLIO (Luigi Paolo) FERHI (Corrado), La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi. Rivista di Diritto Processuale, No 4, ottobre-dicembre 1990, p. 974.
- (33) Así RAPISARDA (Cristina), Profili della tutela civile inibitoria, Padova, Cedam, 1987, p. 130.
- (34) V. CALAMANDREI (P.), Introducción al estudio..., p. 89; ROJAS FRANCO (José Enrique), El incidente de suspensión del acto administrativo en la vía judicial, San José, Colegio de Abogados, 1983, pp. 78-80.
- (35) V. CHINCHILLA MARIN (Carmen), De nuevo sobre la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo. La justicia administrativa en el derecho comparado, Madrid, Ed. Civitas, 1993, p. 462.
- (36) Así CARPI (F.), La tutela d'urgenza fra cautela, sentenza anticipata e giudizio di merito. Rivista di Diritto Processuale, anno 1986, p. 682. DUGRIP (Olivier), L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives, Paris, Presses Universitaires de France, 1ère édition, 1991, in totum. FRIER (Pienne-Laurente), L'urgence, Paris, LGDJ, 1987, pp. 293-324
- (37) V. ORTIZ ORTIZ (Eduardo), Medidas cautelares y suspensión del acto impugnado en Costa Rica. Justicia Administrativa Costarricense, San José, LIL, 1990, p. 275; ROJAS FRANCO (J.E.), El incidente de suspensión..., pp. 62-64; PROTO PISANI (A.), I provvedimenti e i procedimenti cautelari in generale..., p. 341.
- (38) Así GONZALEZ PEREZ (J.), La reforma de la legislación procesal administrativa..., p. 82.
- (39) V. CARPI (F.), La tutela d'urgenza..., pp. 722-723.
- (40) Así ORTIZ ORTIZ (E.), Medidas cautelares..., pp. 274-275.
- (41) Así CALAMANDREI (P.), Introducción al estudio..., p. 77; MONTESANO (Luigi), Sulle misure provvisorie in Italia. Les mesures provisoires en procédure civile (att del colloquio internazionale Milano 12-13 ottobre 1984), Milano, Giuffrè Editore, 1985, p. 113; ARIETA (G.), I provvedimenti..., p. 49.
- (42) Así COCA VITA (Eduardo), A vueltas con la suspensión de la ejecución de los actos administrativos recurridos: últimas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales. Revista de Administración Pública, No. 127, ene-abr. 1992, pp. 247-248. GOMEZ-FERRER MORANT (R.), Apariencia de buen derecho y suspensión en vía contenciosa de actos de carácter tributario. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez, Madrid, Ed. Civitas, Tomo II, 1993, p. 1167. SARMIENTO ACOSTA (M.J.), Nueva funcionalidad..., p. 393; ORTIZ ORTIZ (E.), Medidas cautelares..., p. 272.
- (43) V. CHINCHILLA MARIN (Carmen), El derecho a la tutela cautelar como garantía de

la efectividad de las resoluciones judiciales..., p. 173. LOPEZ CARCAMO (1.), Análisis de la novísima doctrina sobre la tutela cautelar en el ámbito contencioso-administrativo. Revista Vasca de Administración Pública, No. 35, ene-abr. 1993, pp. 124-133.

(44) V: CALAMANDREI (P.), Introducción al estudio ... p. 42.

(45) V. DINI (Mario) DINI (Enrico), I provvedimenti d'urgenza, Milano, Giuffrè Editore, Tomo 1, 1981, p. 255.

(46) y. CALAMANDREI (P.), Introducción al estudio..., p. 41; RAPISARDA (C.), Profili della tutela civile inibitoria..., p. 138; CALDERON CUADRADO (María Pía), Sobre el régimen cautelar en defensa de la competencia y competencia desleal y su posible contribución a la efectividad de las resoluciones respectivas. Revista de Derecho Procesal, No. 3, 1992, p. 487.

(47) Así PROTO PISANI (A.), I provvedimenti e i procedimenti cautelare in generale..., p. 313.

(48) V. DIAZ DELGADO (José) y ESCUIN PALOP (Vicente). La suspensión de los actos administrativos recurridos en el proceso especial de la ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. Revista de Administración Pública, No. 117, sep-dic. 1988, p. 208.

(49) V. RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ (Jaime), La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso), Madrid, Ed. Montecorvo, SA., 1986, p. 49; SICA (M.), Effetività della tutela giurisdizionale..., p. 297. TADDEI (Bruno), Il giudizio cautelare nella giustizia amministrativa, Rimini, Maggioli Editore, 1988, pp. 27-35.

(50) V. VALORZI (Andrea), Tutela cautelare in Processo Amministrativo, Padova, Cedam, 1991, pp. 23-24; PROTO PISANI (A.), I provvedimenti e i procedimenti cautelari in generale..., pp. 307-308 y 392.

(51) V. DINI (M.) DINI (EA.), I provvedimenti..., p. 158.

(52) Así ORTIZ ORTIZ (E.), Medidas cautelares..., p. 27- 276; VALORZI (A.), Tutela cautelare..., pp. 22-23; CALAMANDREI (P.), Introducción al estudio..., p. 7.

(53) Bien puede tratarse de un daño moral, o bien, existir dificultad de definir el quantum exacto. Sobre el punto, se ha afirmado con rotundidad lo siguiente 'Si vinculamos la medida cautelar de suspensión con la reparación económica de los daños causados, la medida cautelar carece prácticamente de sentido. Esta reparación ya la otorgará la Sentencia... que podrá establecer la reparación equivalente... Lo que la suspensión pretende es mantener la situación jurídica inalterada, de manera que al dictar Sentencia no *tenga que* sustituirse su ejecución material por una compensación económica, que podrá ser una reparación equivalente, pero nunca específica del daño causado" TORNOS MAS (J.), La suspensión judicial de la eficacia de los actos en la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa..., p. 917. En igual sentido RODRIGUEZARANA (Jaime), Últimas orientaciones jurisprudenciales sobre suspensión contenciosa de actos administrativos (1988-1989). Poder Judicial, No. 17, marzo 1990, pp. 188-189; FONT I LLOVET (T.), Nuevas Consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos..., p. 484. CANO MATA (Antonio), Limitaciones al principio de ejecutividad administrativa. Civitas Revista Española de Derecho Administrativo, No. 37, abr-jun. 1983, pp. 216-217; SANTAMARIA PASTOR (Juan Alfonso), Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso. Revista de Administración Pública, Nos. 100-102, ene-dic. 1983, pp. 1625- 1626.

(54) Al respecto es importante traer a colación lo dispuesto por el legislador español en la

exposición de motivos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española del 27 de diciembre de 1956: "V.7)...En orden a la suspensión, la Ley la admite cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños de reparación imposible o difícil. Al juzgar sobre su procedencia se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego..."

(55) V. LA CHINA (Sergio), Pregiudizio bilaterale e crisi del provvedimento d'urgenza. Rivista de Diritto Processuale, anno 1980, p. 223; PROTO PISANI (Andrea), Appunti sulla tutela sommaria (note de iure conditio e de une condendo). I processi speciali. Napoli, Ed. Jovene, 1979, p. 133; CORSO (Guido), La tutela cautelare nel processo amministrativo. II foro amministrativo. 1, 1987, p. 1665; VALOPZI (a.), tutela cautelare..., p. 23.

(56) V. LA CHINA (S.), Pregiudizio bilaterale e crisi del provvedimento d'urgenza..., p. 227.

(57) V. RODRIGUEZ-ARANA (J.), Interés público y suspensión del acto administrativo: La doctrina del Tribunal Supremo. Revista de Derecho Público, Nos. 104-105, año XII, Vol. III, jul-dic. 1986, pp. 540-542

(58) V. SORIANO (José Eugenio), Los poderes del juez, la ley y la reforma del contencioso. Revista de Administración Pública, No. 124, ene-abr., 1991, p. 70; LINDE PANIAGUA (Enrique), La suspensión de la ejecución de actos y disposiciones administrativas en el recurso contencioso-administrativo. Documentación Jurídica, No. 51, jul-sept., 1986, p. 833; FERNANDEZ PASTRANA (J.M.), La influencia de la constitución en la jurisprudencia sobre suspensión de los actos administrativos. Revista de Administración Pública, No. 120, sept-dic. 1989, pp. 289-290.

(59) V. RODRIGUEZ-ARANA (J.), De nuevo sobre la suspensión judicial del acto administrativo (1986-1987). Civitas Revista Española de Derecho Administrativo, No. 64, oct-dic., 1989, pp. 640-642. TORNOS MAS (J.), La suspensión judicial de la eficacia de los actos en la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa pp. 911, 923-925.

(60) Así SARCIA DE ENTERRIA (E.), La batalla por las medidas cautelares..., pp. 76-77, 127-128, 205-206. SARCIA DE ENTERRIA (E.), Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas..., p. 485. CORPACI (Alfredo), Tutela cautelare amministrativa e controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego. II foro amministrativo, No. 5, maggio, 1988, p. 1281.

(61) Así ARANA MUÑOZ (J.), La suspensión del acto administrativo..., pp. 129 y 218. Cfr. esta posición con los que estiman que debe prevalecer el interés público, utilizando como argumentos el aforismo *salus publica suprema ex est*, la cláusula social del Estado y el principio de solidaridad CHINCHILLA MARIN (C.), El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales..., p. 178.

(62) V. PROTO PISANI (A.), I provvedimenti e i procedimenti cautelare in generale..., p. 322.

(63) Así GARCIA DE ENTERRIA (E.), La batalla por las medidas cautelares..., pp. 123, 192, 195. TRAVI (Aldo), La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della P.A.. Diritto Processuale Amministrativo, No. 3, settembre 1990, p. 367.

(64) Así GONZALEZ PEREZ (J.), La reforma de la legislación procesal administrativa... pp. 85-87.

- (65) V. CALAMANDREI (P.), Introducción al estudio..., p. 77. DINI (M.) DINI (E.A.), 1 Provvedimenti..., pp. 297-298. SAPIENZA (C.), 1 Provvedimenti..., p. 37. MONTESANO (L.), Su lle misure..., pp. 114-115.
- (66) V. ARIETA (5.), 1 Provvedimenti..., p. 50. VALORZI (A.), Tutela cautelare..., p. 26. DINI (M.) DINI (E.A.), 1 Provvedimenti..., p. 39.
- (67) V. VAZOUZ SOTELO (José Luis), La construcción del proceso cautelar en el derecho procesal civil español. Jornadas sobre la reforma del proceso civil, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, p. 362-363.
- (68) V. TADDEI (6.), Il giudizio cautelare nella giustizia amministrativa..., p. 63. Follieni señala que el fumus es producto de un "approccio intuitivo" por consiguiente huidizo FOLLIERI (Enrico), Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati, Milano, Giuffrè Editore, 1981, p. 190.
- (69) V. GARCIA DE ENTERRA (E.), La batalla..., pp. 75-76.
- (70) GARCIA DE ENTERRA (E.), Reflexión sobre la Constitucionalización ..., p. 630.
- (71) V. ORTIZ ORTIZ (E.), Medidas cautelares..., pp. 272-273. DINI (M.) DINI (E.A.), 1 Provvedimenti..., p. 298.
- (72) TADDEI indica que el juicio sobre la investigación de la probabilidad o verosimilitud debe ser conducido a términos negativos, pues si se orienta en un sentido positivo, mediante la investigación sobre el fundamento manifiesto de los motivos, se podría transformar en el juicio de mérito. y. TADDEI (e.), Il giudizio cautelare nella giustizia amministrativa..., p. 64.
- (73) op. cit., pp. 55 y 57.
- (74) V. CALAMANDREI (P.), Introducción al estudio..., p. 74. "El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad. No existe nunca, en el desarrollo de la providencia cautelar, una fase ulterior destinada a profundizar esta investigación provisoria sobre el derecho y a transformar la hipótesis en certeza op. ult. cit., pp. 77-78. En igual sentido FAIREN GUILLEN (Víctor), La reforma del proceso cautelar español. En Temas del ordenamiento procesal, Madrid, Ed. Tecnos, Tomo II, 1969, p. 905.
- (75) CALAMANDREI (P.), Introducción al estudio..., p. 75. V. SERRA DOMINGUEZ (Manuel), Las medidas cautelares en el proceso civil, Barcelona, 1974, p. 36. FOLLIERI (Enrico), Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati, Milano, Giuffrè Editore, 1981, p. 190.
- (76) "Aun para el juez más escrupuloso y atento, vale el límite fatal de relatividad propio de la naturaleza humana: lo que vemos, sólo es lo que nos parece que vemos. No verdad, sino verosimilitud: es decir, apariencia (que puede ser también ilusión) de verdad" CALAMANDREI (P.), Verdad y verosimilitud en el proceso civil. En Estudios sobre el proceso civil, Buenos Aires, EJE, III, 1962, p. 319.
- (77) CALAMANDREI (P.), Verdad y verosimilitud..., p. 322
- (78) op. ult. cit., p. 326.
- (79) op. ult. cit., p. 327.
- (80) p. ult. cit., p. 346.
- (81) V. CALDERON CUADRADO (María Pía), Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil, Madrid, Ed. Civitas, 1992, p. 42.

(82)". MONTERO AROCA (Juan), Medidas cautelares. En Trabajos de derecho procesal, Barcelona, Librería Bosch, 1988, p. 431. V. en igual sentido CALDERON CUADRADO (MP.), Las medidas cautelares..., p. 42.

(83) CALAMANDREI (P.), Verdad y verosimilitud..., p. 346. Así, la Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (30/1992, de 26 de noviembre) en su art. 72.2 dispone que el órgano decisor adoptará la medida provisional si existiesen elementos de juicio suficientes para ello." con lo que "subyace una primera valoración de los datos con que se cuenta y una previsión aproximativa sobre lo que puede ser la resolución definitiva." REBOLLO PUIG (Manuel), Medidas provisionales en el procedimiento administrativo. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez, Madrid, Ed. Civitas, Tomo 1, 1993., p. 698.

(84) V. CALAMANDREI (P.) Verdad y verosimilitud..., pp. 346-347.

(85) GARCIA DE ENTERRIA (E.), La batalla..., p. 165.

(86) Con la interposición de la demanda el órgano jurisdiccional no está todavía, en tesis de principio, en condiciones de verificar el *fumus boni iuris*, solamente cuando se deduzca la pretensión en el escrito de formalización y se remita el expediente administrativo podrá elaborar el juicio de probabilidad. "Con el expediente y la demanda se conocen los argumentos sobre los que decansan las pretensiones de unos y otros, el Tribunal puede ya formarse un juicio provisional y en función del resultado de dicho juicio, resuelve el incidente SUAY RINCON (José), La suspensión de la expropiación: el "*fumus bonis iuris*" como criterio determinante para la adopción de una medida cautelar. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, No, 251, jul.-sep. 1991, pp. 669-670.

(87) V. SARMIENTO ACOSTA (Mt), Nueva funcionalidad de las..., p. 395. SUAY RINCON recomienda que "en todo caso, la tase de interposición del recurso debe abreviarse, urgiendo a la Administración a entregar el expediente y fijando plazos estrictos. Debe resolverse en cuestión de días y no de meses, como en la actualidad ocurre." La suspensión de la expropiación: el "*fumus bonis iuris*" como criterio determinante para la adopción de una medida cautelar..., pp. 673-674.

(88)%. RODRIGUEZ MERINO (A.), La tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo..., p. 79.

(89) V. GARCIA DE ENTERRIA (E.), Reflexión sobre la Constitucionalización ..., p. 630. CHINCHILLA MARÍN (C.) habla incluso de '*fumus de actuación administrativa ilegal*'. La tutela cautelar..., p. 47.

(90) Citada por SANZ RUBIALES (Iñigo), Las medidas cautelares en el contencioso-administrativo español. Influencia de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo. Castilla y León en Europa. Revista del Centro de Documentación Europeo, No. 31, noviembre-diciembre 1991, p. 26.

(91) V. AGUADO I CUDOLA (Vicenç), La reciente evolución de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo. Estudios en Homenaje al profesor Jesús González Pérez, Madrid, Ed. Civitas, 1993, p. 1718.

(92) V. CAMPANILE (Giovanna), Procedimento d'urgenza e incidente di legittimità costituzionale. Rivista di Diritto Processuale, anno 1985, pp. 127-166. ZAGREBELSKY (Gustavo), La tutele d'urgenza. Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali, a cura di Lorenza Carlassare da un incontro nell'Università di Ferrare (11 e 19 febbraio 1987), Padova, Cedam, 1988, pp. 27-41. BORRE (Giuseppe), Cuestione di costituzionalità e

provvedimento d'urgenza. I processi speciali, Napoli, Ed. Jovene, 1979, pp. 118- 144. RIBOLZI Cesare), Tutela cautelare pendente del giudizio di costituzionalità. Processo amministrativo quadro problematico e linee di evoluzione. Atti del XXXI Convegno di studi di scienza della amministrazione Varenna 19-21 sett 1985, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 319-322. SrCA (M.), Effettività della tutela giurisdizionale..., pp. 109-140.

(93) Tal falta de seriedad se puede poner de manifiesto por una serie de elementos: 'el silencio administrativo, los trámites que se hayan realizado en el procedimiento administrativo, la falta de alegaciones en la pieza separada o aquellas que se realicen de forma mecánica sin conexión con el supuesto concreto, la tardanza de la Administración en remitir el expediente administrativo, la no remisión de documentos esenciales en el citado expediente, la falta de acreditación de la incidencia que tiene el acto administrativo respecto al interés público, etc. Hechos que deben ser atemperados de acuerdo con el principio de buena fe para ver si la Administración está o no abusando de su propia posición.' AGUADO I CUDOLA (y.), La reciente evolución de la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo..., p. 1707.

(94) V. GARCIA DE ENTERRIA (E.), La batalla..., pp. 198- 199.

(95) "La generalización del criterio puede imprimir por sí sola una saludable diligencia y seriedad de la Administración al afrontar sus conflictos con los ciudadanos, impidiéndole apoyarse, como es por desgracia tan frecuente, en la simple ventaja de posición que le procura la técnica de la autotutela, que le permite desdeñar cualquier oposición o intentar retrasar su obligada rendición de cuentas ante los Tribunales." GARCIA DE ENTERRIA (E.), La batalla p. 201.

(96) V. CASES PALLARES (LI.) La adopción de las medidas cautelares motivada en la nulidad de pleno derecho del acto administrativo. Civitas REDA, No.76, oct-dic. 1992, p. 674-675. Cfr. con AGUADO I CUDOLA (y), La reciente evolución de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo p. 1697-1698. FONT I LLOVET, Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos..., p. 485. CANO MATA (A.), Limitaciones al principio de ejecutividad administrativa..., p. 213. GONZALEZ PEREZ <Jesús>, La suspensión de la suspensión del acto. Civitas REDA, No. 61, ene-mar 1989, p. 118. Estos últimos autores, congruentes con la orientación de la jurisprudencia del TS español de los últimos años, estiman que no es suficiente alegar la nulidad, ésta debe ser ostensible, patente y manifiesta.

(97) y, ROJAS FRANCO (dE.), El incidente de suspensión..., pp. 61-62. AGUADO I CUDOLA <y.>, La reciente evolución de la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo..., p. 1701.

(98) y CALAMANDREI (P.), Introducción al estudio..., p. 76.

(99) V, PROTO PISANI (Andrea), Prospettive di riforme urgenti della tutela cautelare. Cuestione giustizia, No. 2, 1988, p. 280.

(100) y, CALAMANDREI (P) Introducción al estudio..., p. 84.

(101) y, PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ (Leonardo), Comunicación sobre medidas cautelares. En El sistema de medidas cautelares, IX reunión de profesores de derecho procesal de las universidades españolas, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1974, p. 130. PROTO PISANI (A.) señala que en ocasiones, los efectos de la medida cautelar pueden ser irreversibles en cuanto inciden sobre intereses no patrimoniales de la contraparte, o bien, cuando siendo en abstracto reversibles en concreto no lo son, dadas las

condiciones económicas del solicitante que impiden acudir a la caución. Prospettive di riforme..., p.282.

(102) V. PROTO PISANI (A.), I provvedimenti..., p. 386.

(103) V. CALAMANDREI (P.), Introduzione al estudio..., p. 65. ARIETA (G.), I Provvedimenti..., p. 62.

(104) y, op. ult. cit., p. 63. RUSSO (Silvestro), Riforma delle misure cautelari civili e processo amministrativo. Diritto Processuale Amministrativo, No. 3, settembre 1992, p. 522. "La contracautela puede ser muy útil para que el Juez pondere prudentemente los dos intereses en juego en toda medida cautelar, el del demandante en obtenerla y el del demandado en no padecerla, de acuerdo con el llamado principio de proporcionalidad VAZQUEZ SOTELLO (dL.), La construcción..., pp. 365-366.

(105) V, op. ult. cit., pp. 365-366.

(106) GONZALEZ PEREZ (J.), La reforma de la legislación procesal administrativa..., pp. 84-85.

(107) V. PAJARDI (Piero). La ideologia ispiratrice dei provvedimenti d'urgenza in generale. I provvedimenti cautelari. La provvisoria esecuzione. Les mesures provisoires en procédure civile (atti del colloquio internazionale Milano 12-13 ottobre 1984), Milano Giuffrè Editore, 1985, p. 299. CALDERON CUADRADO <MP.), Las medidas cautelares..., p. 179.

(108) V, CHINCHILLA MARIN (C.), La tutela cautelar..., p. 183.

(109) SERRA DOMINGUEZ (M.), Las medidas..., p. 14.

(110) V CALAMANDREI (P.), Introduzione al estudio..., p. 84.

(111) Calamandrei la define como la "medida cautelar dirigida a asegurar la ejecución forzada de un crédito en dinero <derecho al resarcimiento de los daños) op. ult cit., p. 64. Proto Pisani habla de "medida "contra-cautelar" o contracautela que ampara el derecho al resarcimiento de los daños causados al demandado en caso de inexistencia del derecho originalmente cautelado" FROTO FISANI (A.), Prospettive di riforme..., pp. 280-281. y, SICA (Marco), La cauzione come misura cautelare nel giudizio amministrativo. Processo amministrativo quadro problematico e linee di evoluzione (Atti del Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, yarena 19-21 settembre 1985), Milano, Giuffrè Editore, 1988, p. 404. MANZI (Luigi), Provvedimenti cautelari e cauzione. Rivista amministrativa della repubblica italiana, No. 4, aprile, 1991, p. 459. Cfr. con SERRA DOMINGUEZ (M.), Las medidas..., p. 77 y CALDERON CUADRADO (MF), Las medidas cautelares..., p. 51.

(112) CALAMANDREI (P.), Introduzione al estudio..., p. 65.

(113) GARCIA DE ENTERRIA (E.), La batalla..., p. 261. y. HODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ (J.), La suspensión del acto administrativo..., p. 130. SICA (M.), La cauzione come misura cautelare nel giudizio amministrativo..., p. 415.

(114) y, ROJAS FRANCO (J.E.), El incidente de suspensión..., p. 88.

(115) y, GONZALEZ FEHEZ (J.), La reforma de la legislación procesal administrativa..., pp. 90-91. SAINZ MORENO (Fernando), Suspensión del acto administrativo y caución suficiente. Civitas REDA, No. 15, oct.-dic. 1977, p. 661.

(116) "En determinados casos la exigencia indiscriminada de la caución conduciría a la imposibilidad de la práctica de medidas cautelares; ello se pone especialmente de manifiesto en situaciones de desigualdad de las partes" (la negrita es nuestra) MONTERO AROCA (.1), Medidas cautelares..., p. 432.

(117) GONZALEZ PEREZ (J.), La reforma de la legislación procesal administrativa..., pp. 90-91. "resulta evidente que por mucho que se moderase el principio de la ejecutividad administrativa, esta apertura resultaría ficticia si, a través de elevadas cauciones -cuya prestación previa constituye requisito para que se lleve a efecto la suspensión- viniera a hacerse inútil la propia suspensión decretada, al no poder prestarse fianza por su volumen cuantitativo." y luego se añade que "El importe de los posibles perjuicios deberá ser considerado, conjuntamente, con la solvencia o insolvencia del recurrente CANO MATA (A.), Limitaciones al principio de ejecutividad administrativa..., p. 217. "La verità é che lo strumento tecnico delle cauzioni può concretamente operare solo ove le misure cautelari siano poste a tutela di diritti a contenuto e funzione prevalentemente patrimoniali e il soggetto che chiede la misura cautelare sia un soggetto abbiente." FROTO FISANI (A.), Propettive di niforme p. 281.

(118) y, FROTO FISANI (A.), I provvedimenti e i procedimenti cautelari in generale..., p. 359.

(119) GONZALEZ FERREZ (Jesús), Derecho procesal administrativo hispanoamericano, Bogotá, Ed. Temis, 1985, p. 98. Este jurista señala que frecuentemente se habla de la actitud reverencial del juez ante la Administración, pues se le concibe siempre titular de un interés más loable que el egoísta interés privado, es decir, el interés público y, op. ult. cit., p. 113.

(120) op. ult. cit., p. 112.