

I. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

LA SUSPENSION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS RECURRIDOS EN EL PROCESO ESPECIAL DE LA LEY DE PROTECCION JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SUSPENSIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR PROCESAL: 1. *El procedimiento incidental de suspensión en el proceso especial de protección de los derechos fundamentales.* 2. *Problemas generales y específicos de la suspensión en la LPJDP:* 2.1. El contenido de la suspensión. 2.2. La inexistencia de otras medidas complementarias o sustitutorias en las normas reguladoras de los procesos contencioso-administrativos. 2.3. El momento procesal en que se solicita y la pobreza del material contenido en la pieza separada de suspensión. 2.4. Utilización abusiva del procedimiento especial. 3. *Principales innovaciones de la LPJDP:* 3.1. Innovaciones en la tramitación. 3.2. Innovaciones en el criterio determinante de la suspensión.

I. INTRODUCCIÓN

Probablemente, no existan muchas figuras jurídicas que soporten tan importantes tensiones internas y críticas como la suspensión de los actos administrativos en vía de recurso contencioso-administrativo. Dichas tensiones son consecuencia de que siendo una mera medida cautelar en el seno de un proceso contencioso-administrativo, sea el único instrumento capaz de obstaculizar la posición privilegiada de la Administración, que se resume con la expresión autotutela administrativa (1), lo que provoca un conjunto de expectativas sobre su contenido y funcionalidad por encima de las derivadas de sus límites estructurales. Además, las valoraciones doctrinales sobre la suspensión están sesgadas por el predominio de una óptica propia del ejercicio de la abogacía (2).

La Ley Orgánica 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, ha introducido importantes modificaciones a la regulación general contenida en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para el proceso especial que

(1) Vid. Juan A. SANTAMARÍA PASTOR, *Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso*, núm. 101 de esta REVISTA, y F. LÓPEZ RAMÓN, *Límites constitucionales de la autotutela administrativa*, núm. 115 de esta REVISTA.

(2) Alejandro NIETO ha analizado el fenómeno de lo que denomina juridificación de la vida administrativa, que hace de la Administración la antesala de los Tribunales, de forma que «éste es un Estado de abogados en el que la Administración Pública es un gigantesco pleito». *La organización del desgobierno*, 2.ª ed., 1985, en particular las págs. 159 y 160.

establece. Dichas novedades fueron recibidas con satisfacción en la doctrina, que veía en ellas la pérdida de los excesos de la posición prevalente de la Administración (3), reclamando, en ocasiones, su generalización a la totalidad de procesos contencioso-administrativos (4).

El presente trabajo pretende el análisis sin apriorismos de la figura, lo que exige la necesaria integración de las reglas contenidas en la Ley 62/1978 con las supletorias, de primer grado, contenidas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, complementadas, en su caso, con las supletorias, de segundo grado, fijadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

II. LA SUSPENSIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR PROCESAL

Atendiendo a su funcionalidad en el proceso contencioso-administrativo, la suspensión es una medida cautelar vocada a garantizar el cumplimiento de un posible pronunciamiento estimatorio de la pretensión contenida en la demanda. Es ese carácter cautelar el que determina el presupuesto fáctico de su utilización en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, limitándolo a la existencia de perjuicios de difícil o imposible reparación.

Este límite estructural a la operatividad de la suspensión no es habitualmente señalado por los estudiosos del tema, que critican, en base a esta omisión, el uso restrictivo por los Tribunales de la medida. Además, la eficacia de la suspensión viene lastrada por un amplio conjunto de causas que, en ocasiones, son intrínsecas a la propia figura y, en otras, consecuencia del momento procesal en que se suele solicitar su adopción. Debiéndose sumar a los obstáculos a su plena eficacia la frecuente inmotivación en la práctica forense de los presupuestos exigidos en el artículo 122.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, limitándose generalmente la parte actora a introducir en el escrito de interposición del recurso un OTROSI en el que se afirma, sin justificación alguna, la existencia de daños o perjuicios de difícil o imposible reparación.

Todos estos temas van a ser analizados según el siguiente orden:

(3) El propio título de los primeros artículos al respecto eran sumamente expresivos de tal postura; concretamente, E. LINDE PANIAGUA rotuló una de las primeras aportaciones en la materia *La instauración del principio de igualdad entre la Administración Pública y particulares en el proceso contencioso-administrativo: La Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona de 26 de diciembre de 1978*.

(4) En tal sentido se manifiesta CANO MATA, *La Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona y sus garantías contencioso-administrativas. Deseable ampliación de algunas de sus innovaciones a la vía judicial ordinaria*, núm. 98 de esta REVISTA. Muy matizadamente, Juan A. SANTAMARÍA PASTOR, *Veinticinco años de aplicación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, núm. 95 de esta REVISTA.

1. El procedimiento incidental de suspensión en el proceso especial de protección de los derechos fundamentales.
2. Problemas comunes y específicos de la suspensión en la LPJDP.
3. Principales innovaciones de la LPJDP.

1. *El procedimiento incidental de suspensión en el proceso de protección de los derechos fundamentales*

Dentro de la tipología de los incidentes establecida en el artículo 746 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el de suspensión de la ejecución del acto administrativo recurrido lo es de previo o especial pronunciamiento, cuya regulación está contenida en la propia Ley 62/1978, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y, finalmente, en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Los incidentes de especial pronunciamiento exigen la formación de una pieza, que se sustancia con separación de los autos principales, donde constan los antecedentes del caso (arts. 7.3 de la LPJDP, 123.1 de la LJCA y 746 LEC). Dicha pieza, sobre cuyo contenido se debe dictar la resolución judicial, está compuesta, según el artículo 746 de la LEC, por:

- a) el escrito original en el que se promueve el incidente o testimonio del mismo y de la providencia que ordena la formación de la pieza separada, si tal escrito contiene otras pretensiones;
- b) los documentos originales relativos al incidente, que se hayan presentado con dicho escrito;
- c) Testimonio de los extremos o puntos que con referencia a los autos principales designe la parte que promueve el incidente, junto con los que la contraria solicite su inclusión, si el Juez los estima pertinentes, para garantizar el principio de controversia.

La tramitación del procedimiento exige el traslado de la petición de suspensión, por el plazo de cinco días, al Ministerio Fiscal, a la representación letrada de la Administración originaria del acto y al órgano administrativo que lo dictara. Se observa el mantenimiento del plazo fijado en la LJCA, frente al de los seis días establecidos en el artículo 749 de la LEC, plazo que es común y no sucesivo, en la totalidad de los recursos contencioso-administrativos. Hay que destacar que la referencia al Abogado del Estado, efectuada por el apartado 3 del artículo 7 de la LPJDP, debe entenderse como a la representación letrada de la Administración autora del acto recurrido, que no siempre corresponde a dicho órgano estatal. En tal sentido, la circular número 3/88 de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, de 25 de febrero de 1988, establece que en «los procesos en que sean demandados Comunidades Autónomas, organismos dependientes de éstas y Colegios Profesionales (o Consejos Generales de éstos), el Letrado del Estado, sea cual sea el proceso de que se trate y el trámite para el que se le da

traslado, deberá abstenerse de intervenir, poniendo de manifiesto su falta de postulación ante el órgano jurisdiccional».

En la pieza separada se integrarán, pues, junto con los elementos señalados anteriormente, las providencias por las que se ordena oír al abogado de la Administración demandada, posibles coadyuvantes y al Ministerio Fiscal, y la remisión del informe del órgano administrativo del que proviene el acto recurrido, junto con los escritos a través de los cuales se cumplimentan las providencias indicadas.

Deducidos los informes y dictámenes señalados, o transcurrido el plazo concedido al efecto, y, en su caso, finalizado el período probatorio, la Sala «acordará la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general». En el supuesto de que la suspensión pueda ocasionar perjuicio grave al interés general, el Tribunal está facultado para establecer el afianzamiento suficiente para garantizar la eventual aparición de los mismos.

La tramitación señalada, que podría denominarse general, presenta una importante excepción, explicable como una reacción a las características de las sanciones de orden público en el régimen anterior, consistente en la suspensión automática y sin afianzamiento de los actos administrativos que constituyan una sanción pecuniaria regulada por la Ley de Orden Público, por lo que huelga el procedimiento señalado.

2. *Problemas comunes y específicos de la suspensión en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos de la Persona*

Como ya he indicado, la suspensión en vía de recurso contencioso-administrativo presenta notables obstáculos a su eficacia, derivados de causas endógenas y exógenas. A continuación realizamos un análisis individualizado de los siguientes:

- 2.1. El contenido de la suspensión.
- 2.2. La inexistencia de otras medidas complementarias o sustitutivas en las normas reguladoras de los procesos contencioso-administrativos.
- 2.3. El momento procesal en el que se solicita y la pobreza del material contenido en la pieza separada de suspensión.
- 2.4. Utilización abusiva del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales.

2.1. *El contenido de la suspensión.*

La suspensión tiene como contenido la cesación de la eficacia de actos administrativos de carácter positivo, susceptibles de producir una alteración del *status quo*. La jurisprudencia, tanto del Tribunal Supre-

mo como de las Audiencias Territoriales, consagra reiteradamente este límite de la suspensión, siendo significativos el Auto del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1978 (Sala 4.ª) y el de la Audiencia Territorial de Valencia de la Sala 2.ª de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de febrero de 1988, recaído sobre la pieza separada de un proceso especial de protección de los derechos fundamentales.

Para el primero de los autos citados, que recoge una línea jurisprudencial consolidada:

«El mecanismo de la suspensión está dirigido contra aquellos efectos de un acto administrativo que viene a producir una alteración sustancial en la situación existente, y cuya alteración puede ocasionar daños o perjuicios de imposible o difícil reparación; si el acto administrativo no viene a declarar nada, entonces parece claro que nada hay que suspender; y esto es lo que ocurre con los actos negativos, que se limitan a denegar peticiones sin producir la alteración material a que antes nos referíamos, y que no cambia en nada la situación existente; en tales casos, acceder a la petición de suspensión implicaría, pura y simplemente, más que paralizar los pretendidos efectos de tales actos, crear una situación nueva.»

El Auto de la Audiencia Territorial de Valencia de 10 de febrero de 1988 (Sala 2.ª) resolvió la petición del actor de suspensión de un acto administrativo, consistente en la devolución de haberes descontados como consecuencia de la participación en una huelga legal; pretendía el demandante que, como consecuencia de la estimación de su solicitud de suspensión, se le reintegraran los haberes descontados, diciendo la Sala:

«La naturaleza negativa del acto recurrido impide su suspensión, y el efecto buscado por el actor, que no es otro que la estimación de su pretensión final en vía cautelar, figura no prevista en nuestra legislación.»

La limitación del alcance de la suspensión del acto administrativo hay que conjugarla, para efectuar su adecuada valoración, con la ausencia de otras medidas complementarias o sustitutivas en nuestro ordenamiento jurídico, tema que analizaremos en el apartado siguiente, y con la indeterminación de las que se pueden adoptar en el proceso civil en virtud del reformado artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo párrafo primero establece:

«Cuando se presente en juicio un principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas, el Juez podrá adoptar, a instancia del demandante

y bajo responsabilidad de éste, las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere.»

La modificación del artículo 1428 de la LEC, que ha sido profundamente estudiada por el profesor ORTELLS RAMOS (5), permite satisfacer la efectividad de la tutela judicial, estando rodeada de las garantías suficientes para evitar los abusos en su utilización.

2.2. *La inexistencia de otras medidas complementarias o sustitutivas en las normas reguladoras de los procesos contencioso-administrativos.*

La situación creada por el limitado contenido de la suspensión, reducido a evitar la alteración de la situación existente por el acto administrativo recurrido, se potencia, enormemente, como consecuencia de la ausencia en las normas específicas de los procesos contencioso-administrativos de otras medidas cautelares tendentes a evitar la producción de daños de difícil o imposible reparación, como consecuencia de actos administrativos de carácter negativo, dictados de forma expresa o por silencio administrativo.

La situación es radicalmente distinta en otros ordenamientos jurídicos europeos de corte continental como el francés, alemán o italiano, en los que existen mecanismos encaminados a garantizar la efectividad de la tutela judicial. Así, en el ordenamiento jurídico francés la adopción de medidas cautelares está cubierta con las técnicas del *référé* y del *constat d'urgence* (6); la primera de ellas tiende a garantizar bienes jurídicos, objeto del litigio frente a la lentitud procesal; el *constat d'urgence* implica la práctica de pruebas relativas a una situación fáctica, incluso sin la previa interposición de un recurso contencioso-administrativo.

En el derecho alemán se complementa la suspensión con una pluralidad de medidas provisionales (*einstweilige Anordnung*), que se admiten, incluso, en los procesos de control de las normas (7), y cuya efectividad se despliega en los supuestos de denegación o inactividad. Como señala A. NIETO (8), «tal medida puede adoptarse incluso antes de haber formalizado el recurso. Lo que significa que los Tribunales se constituyen en auténticos y eficaces defensores de los ciudadanos al controlar directamente la inactividad material de la Administración, sin dejarse

(5) «Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428 LEC», trabajo integrado en el *Volumen homenaje al Profesor Fairén* (en publicación).

(6) Vid. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Edition Montchrestien, París, 1982, págs. 568 a 589.

(7) Hans Joachim VON OERTZEN, «Le contrôle juridictionnel de l'Administration», integrado en el volumen colectivo *L'Administration Publique en République Fédérale d'Allemagne*, Economica, París, 1983.

(8) *La inactividad material de la Administración: veinticinco años después*, «Documentación Administrativa», núm. 208, pág. 50.

paralizar por el escrúpulo de que así pueden interferir inconstitucionalmente lo que sólo a la Administración corresponde».

El sistema mixto de control jurisdiccional de la actividad administrativa existente en Italia permite la aplicación de medidas cautelares propias del proceso civil en las materias cuya revisión jurisdiccional corresponde al orden procesal civil, aunque en el ámbito de la jurisdicción administrativa la medida examinada presenta problemas similares a los existentes en el ordenamiento español.

La ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de medidas complementarias a la suspensión, que la reduzca a su auténtica dimensión, ha sido puesta enérgicamente de relieve por Luciano PAREJO (9), para el que «el perfeccionamiento de la técnica suspensiva no es suficiente para alcanzar la solución total que logre armonizar los, en principio, contradictorios requerimientos derivados de la simultánea doble condición de la Administración como poder público actuante y sujeto justiciable. Para ello es absolutamente preciso completar la suspensión con otras técnicas capaces de desplegar idéntico efecto preservador del bien jurídico litigioso entre tanto recae decisión judicial definitiva sobre el mismo, en los extensos e importantes ámbitos no cubiertos por la suspensión». El anteproyecto de la Ley de la Jurisdicción elaborado, por encargo del Ministerio de Justicia, por un grupo encabezado por Jerónimo AROZAMENA va en la línea señalada.

La situación descrita no impide, sino que obliga a la búsqueda de soluciones a los problemas planteados en el propio ordenamiento jurídico, en virtud del dogma de la complitud de los ordenamientos jurídicos de las características del nuestro, como señalara BOBBIO (10). Dicha solución puede buscarse a través de una doble vía: la que A. NIETO (11) ha denominado «interpretación integrativa del artículo 122», extendiéndole —por encima de su letra— a supuestos que no están expresamente previstos en la Ley, pero que, desde luego, ésta no prohíbe; o la aplicación de las normas supletorias a las específicas de la jurisdicción contencioso-administrativa. Ambas vías no se excluyen, sino que deben coordinarse en orden al cumplimiento, por parte de los Tribunales, de su obligación de dictar resolución.

Para A. NIETO, el control judicial de la inactividad de la Administración Pública exige necesariamente el de la cesación de los efectos y

(9) L. PAREJO ALFONSO, *Estado Social y Administración Pública: postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, 1983, págs. 295 y 296, y *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo*, «REDA», núm. 49, págs. 34 a 39.

(10) «Rige el principio de complitud en todos los ordenamientos basados en estas dos reglas: que el juez tiene que resolver todas las controversias que se le sometan a su conocimiento y tiene que resolverlas en base a una regla perteneciente al propio sistema». No debiendo olvidar, como señala el mismo autor, que «la complitud no es un mito, sino una exigencia de justicia... la defensa de uno de los valores superiores a los que debe servir el ordenamiento: la certeza». N. BOBBIO, *Teoría dell'ordinamento giuridico*, G. Giappichelli, Torino, pág. 129.

(11) Alejandro NIETO, *La inactividad material de la Administración veinticinco años después*, «Documentación Administrativa», núm. 208, págs. 51 y 52.

consecuencias lesivas de la ausencia de acción de la Administración mientras se encuentra pendiente de resolución de los Tribunales; argumenta que, admitida de forma inequívoca por la Jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo la fiscalización de la inactividad de la Administración, debe considerarse incluido dentro de la suspensión de los actos recurridos en la vía jurisdiccional la adopción de medidas cautelares que eviten las consecuencias perjudiciales para los particulares de la pasividad de los órganos administrativos.

Pueden verse elementos de una aplicación de la interpretación integrativa de la suspensión en el Auto de 28 de marzo de 1988 (Sala 5.ª, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo), confirmatorio del de 3 de octubre de 1987 de la Audiencia Territorial de Cáceres, que decidió suspender *ad cautelam* la ejecutoriedad del acuerdo de 21 de septiembre de 1987 de la Consejería de Agricultura y Comercio de Extremadura, que acordaba la ocupación de una finca declarada manifiestamente mejorable, ya que de no acordarse dicha medida se hubiera ejecutado el acto administrativo, antes de que concluyeran los trámites que para la suspensión de los actos recurridos establece la Ley 62/1978. Ante el recurso de apelación interpuesto por la Junta de Extremadura contra la resolución citada, el Tribunal Supremo dijo en el tercero de los considerandos de su Auto de 28 de marzo de 1988:

«La atípica suspensión *ad cautelam* decidida por el Tribunal *a quo*, que podría encontrar su respaldo jurídico no tan sólo en el artículo 24 CE, sino también en el artículo 6 LOPJ, queda, en cuanto al recurso de apelación deducido frente a la Resolución que lo adopta, vacía de contenido, al haberse dictado posteriormente Auto, del que esta Sala tiene conocimiento por haber resuelto el recurso de alzada contra él deducido, en que se suspende la efectividad de la Resolución objeto del recurso de apelación que nos ocupa, la cual si bien fue adoptada sin haber dado traslado de la solicitud que motiva la iniciación de la pieza separada en que se produce al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado, ni requerir al órgano de que dimana el acto impugnado para que en el plazo de cinco días pueda informar acerca de la solicitud de suspensión, incumpliendo con ello los trámites establecidos para la suspensión de la efectividad del acto impugnado al amparo de la Ley 62/78, en el artículo 7.3, razones de economía procesal conducen a no declarar su nulidad y a desestimar el recurso de apelación.»

Como ya se ha comentado (12), la solución a la que llega la Audiencia de Cáceres nos parece plenamente afortunada, y aun cuando por el Tribunal Supremo se califica de atípica y parece que sólo por

(12) Revista «La Ley» de 17 de junio de 1988.

razones de economía procesal (al haberse resuelto ya el recurso interpuesto contra el auto que resolvió la pieza de suspensión en dicho proceso, en el sentido de mantener la suspensión acordada en el mismo) no se declaraba la nulidad de la resolución, es lo cierto que también dice que «podría encontrar respaldo jurídico no tan sólo en el artículo 24 de la Constitución española, sino también en el artículo 6 de la LOPJ (entendemos que más bien en el artículo 5.1)». La posición del Juez de protector de los derechos fundamentales y la prohibición del *non liquet* completan las argumentaciones a favor del auto de la Audiencia de Cáceres, objeto de análisis.

La segunda de las vías para completar la ausencia de medidas específicas en los procesos contencioso-administrativos la constituye la remisión a reglas que resuelven situaciones semejantes en otros procesos. El criterio para determinar las normas aplicables viene dado de forma expresa por la disposición adicional 6 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, supletoria, igualmente, en el proceso especial de la LPJDP, en virtud del artículo 6 de este texto legal, que se remite expresamente a la LJCA, según la cual:

«En lo no previsto en esta ley regirán como supletoria la de Enjuiciamiento Civil y las disposiciones orgánicas generales del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales.»

Destacando dentro de las normas reguladoras de las medidas cautelares por la riqueza de su contenido el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (13). Sin embargo, debemos afirmar, siguiendo al profesor ORTELLS RAMOS, que tras la reforma el artículo 1428 de la LEC

(13) «Cuando se presente en juicio un principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas, el Juez podrá adoptar, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste, las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere.

El solicitante de dichas medidas deberá prestar fianza previa y bastante, a excepción de la personal, para responder de la indemnización de daños y perjuicios que pudiese causar.

Estas medidas, además de en la demanda, se podrán solicitar antes o después de entablar la misma. De solicitarse antes, habrá de interponerse la demanda dentro de los ocho días siguientes a su concesión.

Será Juez competente el que lo sea para conocer de la demanda principal, y para su tramitación se formará pieza separada.

El demandado podrá oponerse a las medidas solicitadas o pedir que se alcen las acordadas, bien por estimar que no son procedentes o porque se comprometa a indemnizar los daños y perjuicios que puedan ocasionar al actor y ofrezca fianza o aval bancario suficiente para responder de los mismos.

Formuladas estas pretensiones, el Juez citará a las partes para una comparecencia, en la cual oír a las que concurran, admitirá las pruebas que sean pertinentes y, dentro de los tres días siguientes, resolverá lo que proceda por medio de auto, que será apelable en un solo efecto. El mismo procedimiento se seguirá para resolver los incidentes que puedan suscitarse con respecto a las medidas acordadas.

La fianza a que se refieren los apartados anteriores podrá ser de cualquiera de las clases admitidas en derecho, excepto la personal».

«sigue siendo el gran desconocido y cuando se atisban sus posibilidades provoca cierta prevención frente a su uso». Evidentemente, si en el ámbito de los procesos civiles no se aplican las posibles medidas cautelares, susceptibles de la cobertura legal de la norma citada, los problemas adaptativos al ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se multiplan en virtud de las especialidades propias del Derecho Administrativo. No obstante, consideramos necesario demostrar las posibilidades reales de la aplicación supletoria de normas procesales civiles en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por su especial interés creemos imprescindible el análisis de la problemática relativa a:

- a) los presupuestos de aplicación de las medidas cautelares, y
- b) el contenido de las mismas.

a) *Los presupuestos de aplicación de las medidas cautelares.*—El párrafo primero del artículo 1428 exige como presupuesto fáctico «un principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas». Obviamente, en virtud del principio de legalidad, que vincula toda actividad administrativa, dicha prueba debe centrarse en la concurrencia en el actor de los requisitos normativos para que por parte de la Administración se dicte un acto que satisfaga sus pretensiones. La dificultad de la prueba está en función de la naturaleza reglada o discrecional de las potestades administrativas, que sirven de fundamento normativo al acto recurrido. La prueba se facilitaría en los supuestos en los que el acto administrativo recurrido contradijera otro anterior, incluso si hubiera sido dictado en virtud del silencio administrativo positivo.

La constatación de los presupuestos de hecho determina en la práctica que el procedimiento contradictorio estudiado suponga un anticipo del proceso principal, tendente a proteger «la misma situación jurídica que afectará a la sentencia», lo que es normal en infinidad de normas de nuestro ordenamiento jurídico (14).

(14) ORTELLS RAMOS, *op. cit.* Así, por ejemplo: a) Medidas provisionales en procesos matrimoniales, relativas a custodia de los hijos (art. 103.1 CC) y contribuciones a las cargas del matrimonio (art. 103.3 CC). b) Fijación de alimentos provisionales a cargo del demandado en proceso de reclamación de filiación (art. 128.II CC). c) Adopción de las medidas necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o su patrimonio, durante la pendencia del proceso de capacitación (art. 209 CC). d) Suspensión de acuerdos sociales impugnados que, de momento, impone a los órganos de la entidad afectada actuaran «como si» el acuerdo no fuera válido, aunque este efecto sólo la sentencia lo producirá definitivamente (art. 70.4 LSA; arts. 52.5 y 65.5 Ley 3/1987, de Cooperativas; arts. 19 y 24 RD 177/1981, de 16 de enero, sobre Clubes y Federaciones Deportivas). e) Medidas dirigidas al cese inmediato de las intromisiones ilegítimas en los derechos a la intimidad, honor y propia imagen (art. 9.2 LO 1/1982, de 5 de mayo). f) El requerimiento de cesación de actos que violen el derecho del titular de la patente y la retención y depósito de objetos producidos o importados con violación de aquel derecho y de los medios exclusivamente

b) *El contenido de las medidas cautelares.*—En cuanto al contenido de las medidas cautelares tanto de lo establecido en el artículo 1428 de la LEC como del principio general deducible de diversas normas relativas a medidas cautelares específicas, como el artículo 134.I de la Ley de Patentes (15) y el 18.2 LOPJ (16), es cualquiera que garantice la efectividad de la sentencia. La gran variedad de contenido de los actos administrativos imposibilita la mera enumeración de las medidas cautelares adoptables en los procesos en que se recurran, sustituyéndola por la enunciación del principio general ya señalado.

2.3. *El momento procesal en que se solicita la suspensión y la pobreza del material contenido en la pieza separada de suspensión.*

Se examinan en este apartado dos obstáculos a la eficacia de la suspensión en los procesos contencioso-administrativos de muy distinta naturaleza. El primero de ellos es un obstáculo intrínseco; el segundo, un defecto de la práctica usual constatado a lo largo de una dilatada experiencia forense.

El defecto intrínseco es una consecuencia inmediata del hecho de que la efectividad de la medida cautelar estudiada exige que se solicite su adopción en el momento de interposición del recurso, aun cuando el artículo 123 de la LJCA permite que se pida «en cualquier estado del proceso, en primera o segunda instancia», ya que en virtud de la ausencia del efecto suspensivo de la interposición del recurso (122.1 LJCA) la Administración puede ejecutar el acto productor de perjuicios de difícil o imposible reparación, lo que obliga a pedir la suspensión en el primer acto procesal: la interposición del recurso contencioso. Sin embargo, en el momento de la interposición existe una escasez de elementos valorativos notable; ello es debido a que a tal acto sólo debe acompañar: «la copia o traslado del acto o disposición o, cuando menos, indicación del expediente en que haya recaído o del periódico oficial en que se haya publicado» (art. 57.c LJCA), lo que posibilita la no aportación siquiera de una copia del acto recurrido, sustituido por la mera indicación del expediente. La falta del acto objeto del recurso determinaría problemas especiales, incluso si la Administración cumpliera con la obligación de remitir el expediente administrativo a la Sala en el

destinados a tal producción o a la realización del procedimiento patentado (art. 134.1 y 2 Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes). g) La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública y el secuestro de ejemplares producidos o utilizados y del material empleado exclusivamente para la reproducción o comunicación pública, todo ello en violación de derechos de propiedad intelectual (art. 126.2 y 3 Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual). Adviértase que las medidas sub e), f) y g) hacen inmediatamente efectiva la obligación de abstención a la que se pide condena en el proceso principal.

(15) «Aseguren debidamente la completa efectividad del fallo.»

(16) «Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultara imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria...»

plazo máximo e improrrogable de veinte días (art. 61.2 LJCA), plazo que se viola habitualmente. Lo que puede dar lugar a que se resuelva la pieza de suspensión sin contar con una copia del acto recurrido y sin tener la posibilidad de analizar el expediente, por lo que la decisión se centra en los elementos contenidos en la pieza de suspensión, lo que constituye justamente el defecto práctico señalado.

Efectivamente, en la práctica, pese a la posibilidad por parte de la actora de determinar el contenido de la pieza de suspensión, ésta se limita a su iniciación al afirmar, en un simple OTROSI al contenido mínimo del escrito de interposición, que el acto recurrido produce perjuicios de difícil o imposible reparación, determinantes, a su juicio, de la suspensión. Lo que reduce, extraordinariamente, el material sobre el que se decide, que debiera ser, antes al contrario, de una gran solidez justificativa de la petición de suspensión, dada la enorme extensión de los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad que nuestro ordenamiento jurídico atribuye a los actos administrativos, y la regla contenida en el artículo 122 de la LJCA.

Es, pues, la falta de datos ocasionada por el momento procesal, en que se plantea y resuelve la suspensión, lo que reduce la efectividad del esfuerzo doctrinal encaminado a perfilar la nulidad de los actos administrativos (17), de forma que se pueda efectuar su clara distinción con la anulabilidad. En lo que afecta al tema aquí estudiado la doctrina pretende, en base a los efectos de la nulidad, la ampliación de los casos de suspensión establecida en el artículo 122.2 LJCA, a todos los actos nulos de pleno derecho, lo que no es fácil, en la práctica, por las razones apuntadas.

2.4. *La utilización abusiva del procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos de la persona.*

Como ha puesto de manifiesto la doctrina (18), dos son, en principio, las ventajas que ofrece el procedimiento especial: la rapidez con que se tramita y resuelve el proceso y la facilidad para obtener la suspensión de los actos recurridos. Ello determinó inicialmente la utilización abusiva del procedimiento especial, en orden al logro de la suspensión de las resoluciones o disposiciones recurridas, lo que provocó desde muy pronto la reacción de los Tribunales, limitando, a su vez, el objeto del proceso especial a través de la declaración de inadmisibilidad «sin necesidad de seguir toda su tramitación legal, desarrollar todos sus efectos y llegar a la sentencia» (19).

(17) Juan A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, IEA, Madrid, 1972, y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina de los vicios de orden público en el contencioso-administrativo; su origen y evolución*, número 56 de esta REVISTA.

(18) Vid. R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos*, «REDA», núm. 33.

(19) José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *Cuestión de fondo y presupuestos procesales en el recurso de amparo (afectación y lesión a derechos fundamentales y libertades públicas)*, «REDA», núm. 36.

La situación descrita determina, como ha puesto de relieve LÓPEZ RAMÓN (20), la restricción, sin fundamento, del ámbito objetivo del proceso especial con el fin de evitar supuestos abusos, en particular el del régimen privilegiado de suspensión del acto recurrido, olvidando que es más grave el remedio que la enfermedad, sobre todo si se considera la rapidísima tramitación del procedimiento examinado frente al ordinario.

3. Principales innovaciones de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos de la Persona

Las innovaciones introducidas en la Ley 62/78 son de dos tipos: las realizadas sobre la tramitación y las que afectan al criterio determinante de la suspensión.

3.1. Las innovaciones en la tramitación.

El análisis comparativo de la regulación legal de la pieza de suspensión en la LJCA y en la LPJDP pone de relieve como principal innovación procedimental la ampliación del número de los intervinientes en la misma, básicamente, centradas en la participación del Ministerio Fiscal y del órgano administrativo del que proviene el acto recurrido.

3.1.1. *La intervención del Ministerio Fiscal.*—Su participación es imperativa, según se deduce de los términos en que se expresa el párrafo 3 del artículo 7 de la LPJDP, pudiéndose afirmar, como ya indicábamos en otro trabajo anterior (21), que la actividad del Ministerio Fiscal no consiste en solicitar a la Sala la suspensión o el mantenimiento de los efectos del acto administrativo, sino sólo informar en un sentido favorable o negativo a la petición realizada por el demandante, o, en su caso, acerca del levantamiento de la suspensión instada por la Administración demandada. Hay que observar, igualmente, que el fiscal no representa ni defiende a la Administración demandada, ni tampoco a los ciudadanos recurrentes, cuyos derechos fundamentales han sido supuestamente violados por aquélla, y que deben acudir al Tribunal provistos de la necesaria representación y defensa, sino que emitirá sus informes en defensa de la legalidad (22).

(20) F. LÓPEZ RAMÓN, *La evolución del régimen jurídico de la libertad de prensa tras la Constitución de 1978*, «REDA», núm. 34, págs. 415 y ss.

(21) *La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona*, comunicación presentada a las XII Jornadas de Estudios, sobre «Introducción a los Derechos Fundamentales», organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado.

(22) Esta es también la opinión de A. CANO MATA, *La Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona y sus garantías contencioso-administrativas. Deseable ampliación de alguna de sus innovaciones a la judicial ordinaria*, núm. 98 de esta REVISTA.

3.1.2. *La intervención del órgano del que dimana el acto impugnado.*—Constituye una importante novedad, tendente a romper la separación tajante entre órganos administrativos activos y los encargados de la representación procesal de la Administración, la regla que establece con carácter imperativo la obligación de efectuar el requerimiento al órgano de que dimana el acto administrativo para que informe sobre la petición de suspensión de sus efectos, pudiéndose considerar una generalización de la contenida en el artículo 123 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según la cual procedía la audiencia del Ministerio o Autoridad origen del acto administrativo únicamente en el supuesto en el que el Abogado del Estado se opusiera a la misma argumentando que de ésta puede seguirse grave perturbación de los intereses públicos, que debe concretar. Es muy acertada la nueva norma, que precisa que el facultado a la emisión del informe relativo a la solicitud del actor de la suspensión sea, precisamente, el órgano de que dimana el acto recurrido, lo que supone una puntualización muy importante al precedente inmediato del precepto, el artículo 123 LJCA, que atribuía tal facultad al Ministerio o Autoridad, olvidando la falta de coordinación existente entre órganos integrados en un mismo Ministerio, y que lo que realmente se pretende es la opinión del órgano activo, que ha decidido la cuestión origen del recurso.

3.2. *El criterio determinante de la suspensión.*

Como no escapa al observador, el núcleo esencial de las innovaciones relativas a la suspensión en el proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales viene establecido por la misma base de la decisión del Tribunal, esto es, por el criterio de la suspensión. La adecuada comprensión de la alteración realizada como consecuencia de la Ley 62/78 exige el establecimiento del punto de partida constituido, evidentemente, por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Sin entrar en análisis más completos de los supuestos fácticos de la suspensión en el proceso contencioso ordinario (23), y esquivando los estudios recientes sobre la evolución de la jurisprudencia aplicativa (24), nos centramos en el estricto contenido de la LJCA. Dicha norma exige para que se conceda la suspensión solicitada no sólo que la ejecución hubiera de causar daños de difícil o imposible reparación, sino que, además, no produzca grave perturbación a los intereses públicos (25).

(23) A. CANO MATA, *Limitaciones al principio de ejecutividad administrativa*, «REDA», núm. 37, señala que la suspensión procede: cuando la oposición a la resolución administrativa se funda en la nulidad de pleno derecho; cuando de la ejecución se pudieran derivar perjuicios de reparación imposible o difícil, y en los casos que así lo establece una disposición.

(24) J. TORNOS MAS, *La suspensión judicial de la eficacia de los actos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, «RJC», núm. 4.

(25) Ambos elementos están perfectamente reflejados en el Auto de 12-V-1987 de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo, cuyo fundamento jurídico primero dice: «No

En cuanto al primero de los elementos señalados, su exigencia proviene no sólo del tenor literal del artículo 122 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino de su propia naturaleza de medida cautelar.

Al lado del condicionamiento señalado se exige otro de carácter negativo que se puede concretar en el hecho de que del acuerdo de suspensión no se puede seguir grave perturbación de los intereses públicos. Este segundo requisito, frecuentemente olvidado por la doctrina, procede del artículo 123.2 de la Ley de la Jurisdicción, y a él hace referencia expresa la propia Exposición de Motivos, según la cual:

«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.»

La necesaria concurrencia de estas dos circunstancias, positiva una, la existencia de perjuicios de imposible o difícil reparación, y negativa la otra, la falta de exigencia de su ejecución por imperativos del interés público, llevan a la cuestión práctica de la distribución de la carga de la prueba (26).

Aceptando el principio general de que cada parte debe probar los hechos integrantes del supuesto de hecho de la norma favorable, podemos afirmar que el actor está obligado a demostrar el carácter de difícil

sólo por la presunción de legalidad del acto administrativo, sino también y sobre todo para dotar de continuidad, regularidad y eficacia a la actuación administrativa, se ha establecido el principio de la ejecutividad del acto administrativo —artículos 45.1 y 101 de la LPA— que, en último término, determina el carácter no suspensivo de los recursos —arts. 116 de dicha Ley y 122 de la Ley Jurisdiccional—. Sin embargo, esta regla general, que la última evolución legislativa va atenuando, encuentra excepción cuando la ejecución hubiera de ocasionar dañosos perjuicios de reparación imposible o difícil.

Es de advertir que aunque el artículo 122 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción sólo recoge el criterio que acaba de mencionarse, ha de tenerse en cuenta otro de significación que, curiosamente, no aparece explicitado en el texto del precepto, sino en la magistral Exposición de Motivos de dicha Ley: es preciso en cada supuesto ponderar “ante todo” la medida en que el interés pública exija la ejecución, apreciándose así el grado en que dicho interés esté en juego.

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

Ello implica que el concepto jurídico indeterminado expresamente recogido en el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional ha de valorarse en cada caso en muy directa relación con el interés público presente en la actuación administrativa. Y, así, cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues, bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia sea de gran intensidad, sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución.»

(26) Vid. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, tomo XVI, vol. 2, comentario al artículo 1214 del CC, págs. 40 y ss. De la amplia bibliografía sobre el tema hay que resaltar MICHEKI, *L'onore de la prova*, Padua, 1942, y ROSEMBERG, *Die Beweislat.*

o imposible reparación de los perjuicios que se derivarían de una hipotética ejecución, mientras que la Administración se verá obligada a demostrar la lesión grave del interés público que produciría la inejecución del acto recurrido. Esta regla general se encuentra confirmada en el artículo 123.2 de la Ley de la Jurisdicción, al establecer:

«... si el Abogado del Estado se opusiera a ella [la suspensión] fundado en que de ésta puede seguirse grave perturbación a los intereses públicos, que concretará».

Analizados los dos elementos cuya ponderación conjunta determina la suspensión de los actos administrativos en el proceso contencioso ordinario procede analizar los requisitos cuya concurrencia exige la LPJDP. En principio, con la importantísima excepción de que el acto recurrido fuera una sanción pecuniaria regulada por la Ley de Orden Público, para la que la suspensión es automática, se puede decir que se exigen los mismos condicionamientos que la LJCA, aunque presumiéndose el primero de ellos, esto es, la existencia de perjuicios de difícil o imposible reparación, en virtud de la especial protección atribuida a los derechos fundamentales, ya que, como justamente ha analizado la doctrina, la interpretación por los Tribunales, con frecuencia restrictiva, de la existencia de perjuicios de difícil o imposible reparación era una de las causas principales de la ineficacia de la suspensión. El desarrollo de estas ideas requiere como punto de partida la transcripción de la norma contenida en el artículo 7.4 de la LPJDP, según la cual:

«La Sala acordará la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general;

lo que implica, a nuestro juicio, que la LPJDP lo que ha hecho ha sido establecer una exoneración de la carga de la prueba correspondiente al actor relativa a que la ejecución del acto impugnado produce perjuicios de difícil o imposible reparación, lo que facilita extraordinariamente la decisión de suspensión, aunque no conduce automáticamente a la misma, ya que la Sala puede apreciar la concurrencia de perjuicio grave para el interés general, cuya prueba, por aplicación de las reglas generales, corresponde a la Administración. En otros términos, atendiendo a la funcionalidad de las presunciones se puede afirmar que se ha producido una presunción legal de que el acto recurrido en el proceso especial produce, caso de ser ejecutado, unos perjuicios de difícil o imposible reparación.

Desde una perspectiva material se puede afirmar que la regulación que establece la LPJDP determina una inversión de la carga de la prueba (27), aunque formalmente se mantiene el reparto de la obliga-

(27) Tal opinión tiene su origen en el artículo de Javier SALAS y J. TORNOS MAS, *Comentarios a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos de las Personas*,

ción de la prueba de los hechos alegados, reducida a la de la Administración a demostrar la lesión grave del interés público ocasionada por la suspensión.

La postura sustentada ha sido recogida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y es una consecuencia lógica tanto de la propia naturaleza de la suspensión de medida cautelar, encaminada a garantizar la estimación de la pretensión procesal del actor, como de una interpretación global de nuestro ordenamiento jurídico (28).

Las dos ideas de innecesariedad de demostrar la existencia de perjuicios de difícil o imposible reparación, como la posibilidad de no acordar la suspensión si la Administración demostrare grave lesión para el interés público, es coherentemente recogida en los Autos del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1983 y 2 de noviembre de 1985, para los que:

«Como reiteradamente tiene declarado este Tribunal, el número 4 del artículo 7 de la Ley 62/1978 establece un criterio de amplitud y generalidad para la suspensión de los actos o disposiciones administrativas que se impugnen al amparo de la aludida Ley, criterio que tiene su origen y fundamento en la *innecesariedad de alegar motivo alguno para justificar la petición de suspensión*, como por el contrario exige el artículo 122 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, innecesariedad de motivación para la referida solicitud de suspensión, repetimos, que tiene como contrapartida el que la posibilidad justificada de que dicha suspensión pudiera ocasionar perjuicio grave al interés general es suficiente para denegar tal petición.»

Siendo el tema único de la resolución de los Tribunales el examen de los posibles perjuicios para el interés general. Así, el Auto de 2 de noviembre de 1985 y el de 12 de marzo de 1986 de la Sala 3.^a del Tribu-

núm. 93 de esta REVISTA, y la mantienen L. MARTÍN-RETORTILLO, *Evolución reciente del contencioso-administrativo*, núm. 95 de esta REVISTA; E. LINDE PANIAGUA, *El principio de igualdad...*, «REDA», núm. 23; A. CANO MATA, *La Ley de Protección de los Derechos...*, núm. 98 de esta REVISTA.

(28) La exigencia de perjuicios y la ausencia de perturbación grave al interés general es recogida, para la suspensión del acto recurrido en amparo, por el artículo 56 LOTC, según el cual: «La Sala que conozca de un recurso de amparo suspenderá, de oficio o a instancia del recurrente, la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclame el amparo constitucional, cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad. Podrá, no obstante, denegar la suspensión cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales, o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero.» También la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha exigido la existencia de perjuicios para la suspensión automática de actos y disposiciones autonómicas establecida en los artículos 161.2 de la Constitución y 64.2 de la LOTC. Al respecto, es muy ilustrador el trabajo de A. NAVARRO MUNUERA, *La suspensión de las disposiciones y resoluciones autonómicas impugnadas por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional prevista en el artículo 161.2 de la Constitución*, en el núm. 114 de esta REVISTA.

nal Supremo excluyen que deba estudiarse en la resolución de la pieza separada de suspensión cuestiones que afecten al fondo del asunto, debiéndose limitar a:

«examinar si con la suspensión se produce o existe posibilidad de que se produzca perjuicio grave para el interés general».

De forma que más que un cambio en los criterios determinantes de la suspensión se ha producido una limitación de los elementos a tener en cuenta para concederla, alteración que beneficia extraordinariamente al solicitante de la medida en atención a la especial protección jurídica que nuestro ordenamiento otorga a los derechos fundamentales.

José DÍAZ DELGADO
Vicente ESCUIN PALOP