

JURISPRUDENCIA

I. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

EL DERECHO A LA TUTELA CAUTELAR COMO GARANTÍA DE LA EFECTIVIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES (*)

Por

CARMEN CHINCHILLA MARÍN

Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.
Letrada del TC

SUMARIO: I. LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO GARANTÍA DE LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL.—II. DAÑO IRREPARABLE, APARIENCIA DE BUEN DERECHO E INTERÉS PÚBLICO: TRES CRITERIOS PARA UN JUICIO NECESARIAMENTE PONDERATIVO. a) *El periculum in mora y el fumus boni iuris*. b) *Ponderación del interés público*.—III. LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA NUEVA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN (LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE).—IV. ADDENDA: DERECHO DE HUELGA Y SUSPENSIÓN DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS; A PROPÓSITO DE LA STC 148/1993, DE 29 DE ABRIL DE 1993. 1. *Los antecedentes de la Sentencia: el acertado Auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla y su revocación por el TS*. 2. *Las líneas principales de la doctrina de la STC 148/1993, de 29 de abril*.

I. LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO GARANTÍA DE LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL

El TC ha dictado recientemente una Sentencia (238/1992, de 12 de diciembre) por la que declara inconstitucional un precepto legal (art. 6.2 de la Ley 34/1979, de Fincas Manifiestamente Mejorables) por establecer que *en ningún caso* procede la suspensión del Decreto de Calificación de una finca como «manifiestamente mejorable». No es la primera vez que nuestro más alto Tribunal anula, por inconstitucional, una disposición legislativa que excluye con carácter absoluto la suspensión de un acto administrativo. En su Sentencia 115/1987, dictada en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra determinados artículos de la Ley Orgánica 7/1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, anuló el artículo 34 de la citada Ley en cuanto que disponía que *en ningún caso* podría acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la mencionada Ley. En esta ocasión el Tribunal estimó que la supresión de la

(*) Este trabajo se publicará próximamente en el libro homenaje al profesor Alberto Predieri, a quien está dedicado.

posibilidad de suspensión para ciertos casos o grupos de personas afectaba al derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho a la igualdad.

Tampoco fue este el primer pronunciamiento del TC acerca de la suspensión de los actos administrativos. Aunque el Tribunal había considerado que la ejecutividad de los actos administrativos —como manifestación de la autotutela administrativa— no pugna, en sí misma, con regla o principio alguno de la Constitución, desde el momento en que supone el desarrollo del principio de eficacia que proclama el artículo 103 del texto fundamental (STC 22/1984), al mismo tiempo concibió la suspensión como un límite a la ejecutividad de los actos administrativos derivado del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Así, en su Sentencia 66/1984 manifestó que «el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface... facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión».

Desde entonces, el TC ha venido reconociendo que la suspensión del acto administrativo forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. Si, como el Tribunal ha declarado, «la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso» (STC 14/1992), forzoso es concluir que la suspensión, que es una medida de tutela provisional o cautelar frente a la ejecutividad de los actos administrativos (la única, por cierto, que prevé nuestro Derecho Administrativo), constituye una garantía de la tutela judicial, esto es, del efectivo cumplimiento de la sentencia que recaiga en el proceso.

Esta concepción de las medidas cautelares es la que ha venido a consagrar definitivamente la Sentencia 238/1992, de 12 de diciembre. En ella se contiene una doctrina sólida y clarificadora que merece la pena comentar.

La STC 238/1992 se dicta en una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en el curso de un proceso sobre expropiación de una finca declarada manifiestamente mejorable. La Sala de Cáceres cuestionó ante el TC el artículo 6.2 de la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables en cuanto que impedía *en todo caso* suspender la ejecutoriedad del decreto expropiador, lo cual podría determinar la ineficacia de la tutela efectiva por los tribunales de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Así lo estimó el TC que ha declarado inconstitucional, y por consiguiente nulo, el inciso del artículo 6.2 de la Ley que excluía la posibilidad de suspensión del acto administrativo en cuestión.

Lo más destacable de esta Sentencia es, en mi opinión, haber conectado clarísimamente la potestad jurisdiccional de suspensión cautelar con la efectividad de la tutela judicial. La suspensión y, en general, la tutela cautelar es una exigencia de la efectividad de las resoluciones judiciales que son, a su vez, el instrumento a través del cual se otorga la tutela judicial. Sólo así puede hablarse de que existe un derecho a solicitar y obtener medidas cautelares. A la efectividad de las resoluciones judiciales se refiere continuamente la Sentencia que estamos comentando. Así dice,

por ejemplo (fundamento jurídico tercero) que la ejecutividad del acto administrativo podría implicar, en algunos casos, una merma en la *efectividad* de la tutela judicial. Y a continuación añade que «la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde así a la necesidad de asegurar, en su caso, la *efectividad* del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional».

Con base en ello el Tribunal reconoce que ciertamente el artículo 24.1 CE no hace referencia alguna a las medidas cautelares ni a la potestad de suspensión. Pero, añade, de ello no puede inferirse que quede libre el legislador de todo límite para disponer o no de medidas de aquel género o para ordenarlas sin condicionamiento constitucional alguno. Volviendo a insistir sobre la idea de la efectividad, el Tribunal argumenta que la tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, «efectiva», y la medida en que lo sea o no se halla en la suficiencia de las potestades atribuidas por Ley a los órganos del poder judicial, para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derechos cuya protección se demanda. En consecuencia, concluye el Tribunal, el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse en el proceso contencioso-administrativo.

Así, pues, con la doctrina sentada en la STC 238/1992 no puede ya caber duda alguna sobre la naturaleza de derecho fundamental que tiene la tutela cautelar, así como de que esa naturaleza de derecho fundamental no deriva de otra cosa que de su carácter de instrumento y garantía de la efectividad de la tutela judicial. Al igual que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva implica necesariamente el derecho a la *ejecución* de las resoluciones judiciales, el mismo derecho y por las mismas razones implica también el derecho a obtener una tutela provisional o cautelar de parte de los órganos judiciales que salvaguarde la integridad de la resolución judicial mientras dura el proceso. De esta concepción de la tutela cautelar como una exigencia impuesta por la *efectividad* de la justicia se derivan, como se verá luego, algunas peculiaridades que caracterizan al otorgamiento de las medidas cautelares.

La segunda idea importante que se consagra en la Sentencia es que el riesgo que puede correr la efectividad de la tutela judicial —materializado en la expresión *periculum in mora*—, y que es lo que pone en marcha el sistema de medidas cautelares, merece la misma protección tanto si el bien jurídico que se pretende preservar es un derecho fundamental sustantivo como si no lo es. El TC rechaza así la alegación del Abogado del Estado de que la doctrina de la STC 115/1987 no resultaba aplicable al caso, porque en aquel supuesto los actos que se excluían de la suspensión afectaban a derechos fundamentales y en el resuelto por la STC 238/1992 no, ya que ni la propiedad privada ni la libertad de empresa tienen la condición de tales.

El Tribunal va a rechazar esta idea argumentando que el artículo 24.1 tiene, en cuanto límite frente al legislador, una sustantividad propia derivada de su contenido esencial, lo que impide afirmar que tales límites

operen únicamente en la defensa procesal de un derecho fundamental. Por el contrario, concluye la Sentencia, «la *efectividad* de la tutela judicial es exigible, en favor de cualesquiera derechos o intereses legítimos (art. 24.1 CE) y no sólo de los derechos incluidos en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I CE».

En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho instrumental en cuanto que sirve para la defensa de derechos e intereses legítimos; por tanto, si se parte de que la protección cautelar integra el contenido esencial de aquel derecho, ello será así con independencia de que la tutela judicial que se solicita de los tribunales lo sea para la protección de un derecho fundamental, de un derecho subjetivo o de un simple interés legítimo. De ello se deriva una importante consecuencia y es la necesidad de admitir que también con las resoluciones adoptadas en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de la tutela cautelar se pueden vulnerar los derechos fundamentales, con la consiguiente posibilidad de solicitar frente a aquéllas el amparo del TC (art. 53.2 CE). Ello ocurrirá así, desde luego, cuando la denegación de la tutela cautelar suponga la lesión de un derecho fundamental, pero también cuando la denegación de la protección judicial provisional implique la pérdida irremediable de la *efectividad* de la tutela judicial que en su día otorgue la resolución final al derecho o interés legítimo para el cual se ha solicitado de los órganos judiciales.

Por esta misma razón, el TC, después de afirmar —en su Sentencia 237/1991, de 12 de diciembre— que no podrá entenderse denegada la tutela judicial en virtud de defectos o errores cometidos en fases intermedias, o en incidentes cautelares del procedimiento, añade inmediatamente un importante matiz: siempre que éstos (los defectos o errores cometidos en los incidentes cautelares) no prejuzguen o hagan imposible la efectividad de la tutela judicial. Así, pues, aunque el Tribunal parece basar su resolución en la tesis de que la denegación de una medida cautelar no puede vulnerar el derecho garantizado en el artículo 24.1 CE (1) precisa que ello es así siempre que la denegación no presente en sí

(1) En la STC 237/1991, se recurrió en amparo la denegación de la suspensión de la resolución administrativa impugnada (liquidación del Impuesto del valor de los terrenos). Según el TC, la resolución cuya suspensión se solicita es objeto de un proceso contencioso, del que el incidente de suspensión constituye pieza separada; y será, por tanto, la sentencia que recaiga en el proceso principal la que decida sobre las pretensiones del recurrente en cuanto a la procedencia o improcedencia de las liquidaciones en cuestión. Esta consideración —concluye el TC— impide que pueda estimarse la pretensión del amparo por basarse en una alegada vulneración no producida, del derecho a la tutela judicial. Cuando se interpuso el recurso de amparo, razona el TC, los intereses y derechos respecto de los cuales se solicitó la tutela judicial estaban aún pendientes de resolución por parte de la jurisdicción ordinaria, y será esa resolución la que deba traducir a la práctica la tutela judicial «que no podrá, por tanto entenderse denegada en virtud de defectos o errores cometidos en fases intermedias, o incidentes cautelares del procedimiento». Un comentario a esta sentencia puede verse en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo», REDA, 76, 1992, y BARCELONA LLOP, J., «¿Pero de verdad existe la tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo?» *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Universidad de Cantabria, Facultad de Derecho, 1993.

misma la lesión de otro derecho fundamental sustantivo ni suponga que el proceso no pueda ya alcanzar sus fines, es decir, si no implican la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o si no prejuzgan irreparablemente la decisión final del proceso.

La tercera y última idea que consagra la Sentencia 238/1992 es la de que a parte de ser una exigencia del artículo 24.1, como también lo es, en mi opinión, del artículo 14 CE (todos tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los tribunales, con independencia de que la tutela se solicite frente a una particular o frente a la Administración), la tutela cautelar es una exigencia derivada de la universalidad del control judicial sobre la actuación administrativa. Según el artículo 106.1 CE, los tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa, lo que significa que su potestad se extiende al control de la legalidad formal y material de los actos administrativos, y también al control de la legalidad de la ejecutividad inmediata de los mismos. La tutela cautelar *no es una función distinta a la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado sino que es el ejercicio mismo de esa potestad jurisdiccional extendido a la ejecutividad de los actos administrativos*. Así pues, control pleno, *sin inmunidades de poder*, en la feliz expresión de García de Enterría que nuestro TC ha consagrado ahora, como hiciera la Corte Constitucional italiana (Sentencia 190/1985) con la no menos feliz expresión de G. CHIOVENDA «il tempo necessario ad aver ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione».

Por todo lo dicho es manifiesto que la tutela cautelar forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial en cuanto que es inherente a la exigencia de efectividad del derecho así definido en el artículo 24.1 CE. El TC español ha consagrado definitivamente la doctrina que en su día sentaron, por ejemplo, la Corte Constitucional italiana (Sentencia 284/1974, de 27 de diciembre), el Consejo Constitucional francés (Decisión núm. 86-224 DC de 23 de enero de 1987) y, más recientemente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su ya célebre Sentencia de 19 de junio de 1990, pronunciada en el asunto *Factortame*.

II. DAÑO IRREPARABLE, APARIENCIA DE BUEN DERECHO E INTERÉS PÚBLICO: TRES CRITERIOS PARA UN JUICIO NECESARIAMENTE PONDERATIVO

Mientras que en Italia se observa una cierta tendencia a frenar la línea evolutiva de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en materia de *giudizio cautelare* (2), en España estamos en plena

(2) Es significativo el título del comentario de R. VILLATA a la Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 8-22 de abril de 1991, núm. 175, «La Corte Costituzionale frena bruscamente la tendenza ad ampliare la tutela cautelare nei confronti dei procedimenti negativi» (*Riv. Diritto Processuale Amministrativo*, núm. 4, 1991). Vid también «Notazioni minime ma non troppo sullo stato della giustizia amministrativa», de E. Reggio D'Acì, en *Foro amministrativo*, 1990, II.

«lucha por el Derecho» en lo tocante a las medidas cautelares frente al acto administrativo (3). Gracias a la savia renovada con que la Constitución de 1978 ha ido impregnando todas las instituciones de nuestro Derecho Administrativo, y a los esfuerzos que en tal sentido han hecho los órganos judiciales y la doctrina, puede decirse que en España se ha producido en muy pocos años un giro de ciento ochenta grados en lo tocante a medidas cautelares. Todo ello a partir de unas disposiciones legislativas que no conocen otra medida cautelar que la suspensión que, además, se concibe como la excepción a la regla del carácter no suspensivo de los recursos.

Sin embargo, nuestra pasión por las medidas cautelares, justificada, sin duda, como reacción al régimen jurídico existente en nuestro país en la materia, no puede cegarnos hasta el punto de ignorar los riesgos que podrían derivarse de la implantación de una concepción que *descansase* en la idea del automatismo en el otorgamiento de las medidas cautelares frente a los actos administrativos, prescindiendo de la ponderación que todo juicio cautelar exige. Una vez sentadas sus bases constitucionales y definidos sus aspectos dogmáticos, la protección del derecho a la tutela cautelar queda ahora en manos de los órganos judiciales, a quienes corresponde la que sin duda puede calificarse como «búsqueda de un difícil equilibrio». En la «coctelera» de la resolución judicial sobre medidas cautelares se mezclan los siguientes ingredientes: la necesidad de responder con urgencia y contundencia a la solicitud de tutela cautelar, el «estado de incertidumbre del derecho» (CALAMANDREI) en el que ha de adoptarse la decisión y la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, velando al mismo tiempo por los intereses públicos a los que el acto administrativo pretende servir, para evitar que con la medida cautelar esos intereses públicos puedan también sufrir un daño de imposible o difícil reparación. En otras palabras, el órgano judicial ha de garantizar también la efectividad de la resolución judicial que en su día pudiese recaer «a favor» del acto administrativo. La «mezcla» de todos esos elementos tendrá que hacerse, necesariamente, a través de un juicio ponderativo, y a partir de un sistema abierto de medidas provisionales que permita adoptar en cada momento la que sea necesaria para satisfacer la tutela cautelar.

a) *El periculum in mora y el fumus boni iuris*

Desde que el Auto del TS de 20 de diciembre de 1990 diese entrada a la doctrina de la «apariencia del buen derecho», como presupuesto para otorgar la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo, el tan traído y llevado *fumus boni iuris* parece haberse convertido en el presupuesto esencial y suficiente de la adopción de las medidas cautelares.

(3) También resulta significativo el título del libro de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, 1992. En la misma línea, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, C. Chinchilla, Civitas 1991.

Sostuve en el libro «La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa» que el denominado *fumus boni iuris* es uno de los presupuestos de las medidas cautelares y uno más de los criterios en que debe basarse el difícil juicio cautelar, pero no el más importante ni tampoco el único. Por eso discrepo de afirmaciones tan tajantes como las contenidas en el ATS de 20 de diciembre de 1990, antes citado («la apariencia del buen derecho... *basta* en un proceso cautelar para otorgar la protección provisional solicitada») o en el ATS de 17 de enero de 1991 cuando dice que «la apariencia de buen derecho ha de ser la *base determinante* en la configuración de las medidas cautelares».

La base determinante de las medidas cautelares es, en mi opinión, el denominado *periculum in mora*, ya que la finalidad de aquéllas es evitar el peligro que para el derecho puede suponer la existencia misma de un proceso con la lentitud propia e inevitable del mismo. La amenaza de que se produzca un daño irreversible en la demora del juicio está en la propia definición de las medidas cautelares que, como dijo CALAMANDREI, «son una anticipación provisional de ciertos efectos de la decisión definitiva dirigidas a prevenir el daño que podría derivarse del retraso de la misma (4). Así pues, la medida cautelar tiene sentido si hay un derecho que necesita una protección provisional y urgente, a raíz de un daño ya producido o de inminente producción, mientras dure un proceso en el que se discute precisamente una pretensión de quien sufre dicho daño o su amenaza. Sin este peligro, que cautelarmente hay que frenar para que el objeto del proceso se mantenga íntegro durante el tiempo que dure éste, no puede hablarse de medidas cautelares. Podrá decirse, por ejemplo, que perdida la presunción de validez se pierde también el privilegio de la ejecutividad inmediata, pero ya no estaremos ante una medida cautelar en el sentido estricto del término.

Sólo desde una concepción de las medidas cautelares como instrumentos para asegurar la integridad de las situaciones jurídicas y, por tanto, la efectividad de la justicia mientras duran los procesos, puede hablarse, en mi opinión, de un *derecho fundamental a la tutela cautelar* garantizado en el artículo 24 de la Constitución. Es difícil sostener que existe un *derecho fundamental* a la tutela cautelar por el solo hecho de tener aparentemente razón. Sin embargo, creo que es necesario reconocerle la condición de derecho fundamental al derecho que consiste en obtener una medida provisional *para evitar que el tiempo que dura el proceso cause un daño de difícil o imposible reparación a quien acude a él para determinar si realmente tiene o no razón*. Lo ha puesto de manifiesto, como hemos visto, el TC en su Sentencia 14/1992, al decir que la pérdida de eficacia de una medida cautelar podría llegar a menoscabar el derecho a una tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24 CE, «pues la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proce-

(4) P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Cedam, Padova, 1936, pág. 22.

so». De esta finalidad preventiva y garantizadora de la efectividad de la tutela judicial que cumplen las medidas cautelares y no de otra cosa deriva, en mi opinión, su condición de derecho fundamental. Por eso, en la ya célebre frase de CHIOVENDA («il tempo necessario ad aver ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione») (5) la «mora» (il tempo) y el «periculum» (danno), que es necesario evitar, aparecen en primera línea. Por eso también nuestro TC, en su Auto de 12 de febrero de 1992, ha declarado lo siguiente: «... aunque es cierto que este Tribunal ha admitido que el *fumus boni iuris* constituye un criterio que debe ponderarse a la hora de decidir sobre la suspensión del acto que es objeto de recurso de amparo (ATC 77/1981), no lo es menos que dicha ponderación debe llevarse a cabo siempre y cuando se dé el presupuesto de hecho necesario para la adopción de la medida cautelar prevista en el artículo 56.1 LOTC, es decir, la irreparabilidad o difícil reparación del perjuicio que la ejecutividad pudiera causar. No dándose el que es requisito esencial para la adopción de la medida cautelar en cuestión (artículo 56.1 LOTC) el criterio del *fumus boni iuris* resulta inoperante».

Lo dicho no debe entenderse, en absoluto, como una actitud contraria al criterio del *fumus boni iuris*, sino a su protagonismo exclusivo a la hora de adoptar medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. De hecho y al margen de que se encuentren con frecuencia declaraciones tan contundentes como las que antes mencioné, no conozco ni una sola resolución judicial que haya adoptado una medida cautelar, que verdaderamente sea tal, sobre la base exclusiva de la apariencia de buen derecho.

El propio ATS, de 20 de diciembre de 1990, a pesar de la afirmación de que la apariencia de buen derecho «basta» para otorgar la tutela cautelar, contiene una correcta ponderación de los tres elementos integrantes del juicio cautelar: el *periculum in mora*, el *fumus boni iuris* y las exigencias del interés público (6). En el mismo sentido, el ATS de 10 de julio de 1991, que suspendió el Reglamento de Transportes Terrestres, es un buen ejemplo de resolución que pondera los criterios antes mencionados y que, incluso, coloca en un lugar prioritario el *periculum in mora*. En dicho Auto se dice que procede acceder a la suspensión «por dos razones fundamentales, la primera derivada de la realidad de unos daños y perjuicios... de muy difícil, por no decir imposible, reparación...». A continuación se añade: «... no parece, por el contrario, que la suspensión de la ejecución de la norma reglamentaria en cuestión deba afectar al interés

(5) G. CHIOVENDA, «Nota a Cass. Roma, 7 de marzo de 1921», en *Giur. Civ. e Comm.* 1921, pág. 362.

(6) En efecto, en el fundamento jurídico segundo utiliza el criterio del *fumus boni iuris* (...«prima facie» la situación jurídica de los apelantes no es de franca y radical ilegalidad, que incluso parece que una actuación administrativa previa la ampara, que puede haber posibilidad de legalizarla, etc.). Al *periculum in mora* se refiere cuando afirma, también en el fundamento jurídico segundo, «teniendo en cuenta que la ejecución del acto conlleva perjuicios graves para los recurrentes que viven de la explotación de esas naves para cuadras de ganado...». Finalmente, alude a las exigencias del interés general cuando en el mismo fundamento jurídico declara que «no consta qué tipo de perjuicios ni para el interés público ni para terceros pueden seguirse de la no ejecución...».

público, pues tanto por las empresas con sede en las grandes ciudades o por las situadas en otras localidades, siempre se realizará el servicio correspondiente...». Finalmente, se dice: «... en segundo lugar, y a mayor abundamiento del anterior razonamiento que ya de por sí sería suficiente para acceder a la suspensión solicitada por los ahora recurrentes, existe también en el presente caso una *apariencia de buen derecho* bastante para suspender por este motivo la disposición contenida en el párrafo tercero del artículo 139 del Reglamento aprobado en el RD 1211/1190».

Lo dicho pone de manifiesto, en mi opinión, que tras las grandes declaraciones hechas en el sentido de que el «*fumus*» *basta* para otorgar la medida cautelar solicitada, se esconden unos juicios ponderativos y enormemente prudentes que cumplen con creces el difícil reto de adoptar medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo.

Esta es, según creo, la tónica general de los autos de suspensión que utilizan, como fundamento de su decisión, el criterio de la *apariencia del buen derecho* y que permite concluir que hasta el momento se ha hecho una correcta aplicación del *fumus boni iuris*, como se verá a continuación.

El ATS de 17 de enero de 1991, al que ya me he referido, me parece una resolución correctísima pero que, en mi opinión, encaja con dificultad en los supuestos de adopción de medidas cautelares por «*apariencia de buen derecho*» de quien las solicita. En efecto, en este caso se trataba de la suspensión de un acuerdo de ejecución sustitutoria de unas obras que ya habían sido realizadas. Pues bien, estando acreditado que las obras estaban ya ejecutadas, el TS lógicamente resuelve suspender la orden de ejecución sustitutoria. No se trata, pues, de *apariencia de buen derecho*, sino de certeza acreditada de que es imposible ejecutar el acto administrativo en cuestión. Esto es, no se trata de evitar un peligro de difícil o imposible reparación, sino de que el acto administrativo, afectado con toda evidencia del vicio de nulidad radical previsto en el entonces vigente artículo 47.1.b, de la LPA, (contenido imposible) ha dejado de tener la presunción de validez y no merece ya —aparte de que no la permite siquiera— la ejecutividad inmediata.

En el ATS de 23 de abril de 1991 se suspendió el acto administrativo impugnado (requerimiento de pago de cantidad por ejecución sustitutoria de obras) porque ya había recaído sentencia declarando la nulidad de los acuerdos que en su día decidieron la ejecución sustitutoria y aprobaron el gasto correspondiente. Se invoca también la doctrina de la «*apariencia de buen derecho*», aunque, en mi opinión, más que derivada de la *apariencia de buen derecho*, la solución dada es una consecuencia necesaria de la Sentencia citada, la cual, con su declaración de nulidad, ha privado al acto administrativo de la presunción de validez y, con ello, del privilegio de la ejecutividad.

Este es, precisamente, el razonamiento del ATS de 11 de marzo de 1992, sobre suspensión de la orden de ejecución sustitutoria de obras de reparación y consolidación. Dicha orden había sido anulada por sentencia de 17 de mayo de 1991, por lo cual el Tribunal resuelve suspender «por razones que... provienen de la pura lógica..., pues si la base para

justificar la ejecutoriedad del acto administrativo descansa en la presunción de legalidad y veracidad del mismo..., con mayor motivo esta presunción deberá operar respecto de una resolución judicial, aunque la misma no haya alcanzado la situación de firme».

También en aplicación de una sentencia que declara la nulidad del acto cuya suspensión se pretende, el ATS de 16 de julio de 1991 otorga la suspensión frente a la denegación de una licencia solicitada para realizar una actividad de restaurante. En este caso, en el que se invoca el *fumus boni iuris* y se parte de la existencia de un *periculum in mora*, el acto denegatorio de la licencia había sido declarado nulo por Sentencia de 18 de octubre de 1989 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Especial importancia reviste, en mi opinión, el ATS de 17 de julio de 1991, por tratarse verdaderamente de la adopción de una medida cautelar de efectos positivos, a partir de la constatación del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*. En este caso, el acto impugnado era la orden del Ayuntamiento de Málaga de paralización de obras sin licencia que se efectuaban en el Cine Albéniz de esta ciudad. El TS confirma la suspensión decretada en la instancia haciendo el siguiente e importante razonamiento:

«En efecto, por una parte, la legalidad del referido decreto... no puede afirmarse con la rotundidad exigible, apareciendo como dudosa toda vez que la mencionada sociedad ha acreditado la concurrencia de los requisitos precisos para que la licencia pueda reputarse conseguida por silencio administrativo positivo, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales..., lo que le confiere una apariencia de buen derecho que debe cautelarmente protegerse; por otra parte, no cabe duda alguna que los daños y perjuicios que se ocasionarían... con la paralización de las obras, en cuanto encaminadas las mismas a reformar y adaptar un local para dedicarlo a su negocio, serían si no de imposible, sí de difícil reparación, cumpliéndose así la exigencia del artículo 122.2 de la LJCA, puesto que, evidentemente, el cálculo de las pérdidas sufridas, al menos, en un negocio dependiente de la mayor afluencia de espectadores, aleatoria y de difícil prueba, nunca sería de fácil realización, corriéndose el peligro de un defectuoso resarcimiento si a él hubiese de llegarse...».

Finalmente, es interesante destacar dos supuestos en los que el *criterio del «fumus bonis iuris»* jugó en favor de la apariencia de legalidad del acto administrativo y, en consecuencia, del mantenimiento de su ejecución. En el ATS de 18 de junio de 1991 se revocó el Auto que había decretado la suspensión, a petición de la Junta de Andalucía, de dos decretos del alcalde de Manilva que otorgaban sendas licencias de obras de construcción de un centro comercial y de 40 viviendas unifamiliares, por entender que la Sentencia que declaraba ajustadas a Derecho las licencias concedidas otorgaba a los decretos suspendidos una apariencia de buen derecho que exigía revocar su suspensión. En el mismo sentido, el ATS de 23 de julio de 1991 deniega la suspensión de un acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, referente a

las tarifas de agua en determinada ciudad residencial, por entender que la presunción de validez del acto aparecía reforzada por la Sentencia que en primera instancia había desestimado el recurso contencioso-administrativo contra el acto en cuestión.

b) *Ponderación del interés público*

En mi libro sobre las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo defendí, en la línea de la Recomendación del Consejo de Europa en la materia, la necesidad de asegurar la mayor flexibilidad posible en el ámbito de las medidas cautelares: flexibilidad en el cuándo, en el cómo y en el porqué de la adopción de las medidas cautelares. Flexibilidad en el sentido de que deben adoptarse *todas* las medidas cautelares posibles y no sólo la suspensión; flexibilidad en el sentido de que puedan adoptarse tanto antes como después de la interposición del recurso administrativo o judicial; y flexibilidad, por último, en cuanto a los criterios que en cada caso concreto pueden y deben emplear los órganos judiciales para otorgar o denegar la tutela cautelar solicitada.

El juicio cautelar es un juicio arriesgado, pues supone la adopción de medidas que pueden ser muy intensas y, en algún caso, muy perjudiciales para el interés público al que la Administración sirve. El juicio cautelar es, además, muy difícil de hacer, tanto por la urgencia con que debe realizarse, como por la precariedad de los elementos de cognición en que se basa. Es evidente, pues, como ya se ha dicho, que ha de ser un juicio ponderativo por definición, en el cual no puede quedar fuera ningún elemento de los que integran el juego de fuerzas que el órgano judicial está llamado a componer y a equilibrar en la fase cautelar de un proceso. Por eso, y dicho sea con todo el respeto al profesor García de Enterría, discrepo de su afirmación de que en la decisión de las medidas cautelares no tiene ya entrada posible la ponderación del interés público (7).

La ponderación del interés público debe tener entrada en la adopción de medidas cautelares, y no sólo porque a ello alude explícitamente la Exposición de Motivos de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, o su artículo 123.2 y, ahora, el artículo 111.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común e, implícitamente, el artículo 103 de la Constitución, que consagra la eficacia como un principio de la actuación administrativa, sino sobre todo porque la tutela cautelar, entendida como el amparo concedido provisionalmente para evitar que la mora del proceso haga perder efectividad a la justicia, protege también al acto administrativo o, más exactamente, a los intereses generales a los que éste sirve, frente a una, también, posible pérdida irremediable de la eficacia de la resolución judicial que en su día recaiga en el proceso. A la hora de adoptar medidas

(7) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares*. Civitas, Madrid 1992, págs. 204-205.

cautelares tendrá que ponderarse, pues, el daño que pudiera derivarse, también de manera irreversible, para los intereses de la colectividad.

El alcance que deba darse al interés público en ese juicio ponderativo no puede definirse *a priori* ni en un sentido ni en otro, esto es, ni para afirmar su prevalencia sobre el interés del administrado, ni para excluir radicalmente su entrada en juego. Como muy bien se dice en el ATS de 12 de febrero de 1992, «lo que no se puede soslayar es que hay que atenerse a la singularidad de cada caso debatido, lo que implica, desde luego, un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos o uniformes».

La singularidad de cada caso concreto, la diversa intensidad que presenten en cada supuesto debatido el *periculum in mora*, el *fumus boni iuris* y el interés general, nos darán el resultado de esta difícil operación en la que, indiscutiblemente⁸, la tutela judicial efectiva se juega mucho.

Qué duda cabe que un interés general, capaz de justificar la denegación de una medida cautelar en presencia del *periculum in mora* y *fumus boni iuris*, sólo será el que pueda compararse en pie de igualdad con el derecho fundamental a la tutela cautelar que, como ha quedado dicho, no nace de la apariencia de buen derecho, sino de la necesidad de preservar provisionalmente, ante una situación de *periculum in mora*, la integridad de la eficacia de la resolución judicial que en su día recaiga. Ese interés general que debe referirse, pues, a derechos fundamentales de la colectividad o de terceros, no tiene porqué prevalecer en cualquier caso, pero no puede descartarse que así sea según las circunstancias concretas de cada supuesto. Como tampoco puede excluirse que ese criterio de la ponderación del interés general pueda jugar también en favor de la adopción de medidas cautelares frente al acto administrativo. Así ocurrió, por ejemplo, en el Auto de 3 de enero de 1992 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia que suspendió la denegación de la renovación de un concierto educativo, argumentando, entre otros extremos, que «el interés general demanda el mantenimiento del concierto... por cuanto hay palmariamente un interés general en la existencia de plazas escolares subvencionadas, sancionado constitucionalmente en el artículo 27.9 de la CE». En este caso, el interés general jugó, pues, a favor de la suspensión del acto administrativo, siendo además dicho acto de naturaleza negativa.

III. LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA NUEVA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN (LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE)

La nueva Ley española del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LAP)

ha dedicado su artículo 111 a la suspensión de la ejecución de los actos administrativos (8).

Al igual que el ya derogado artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, el nuevo precepto regula la suspensión de los actos administrativos como límite a la ejecutividad de los mismos, y como excepción a la regla general según la cual la interposición del recurso no suspende la ejecución del acto recurrido. Así, pues, la suspensión aparece como la única medida provisional que puede solicitarse frente a la ejecutividad del acto administrativo y, además, condicionada a la interposición de un recurso administrativo.

Con esta concepción, restrictiva y nada innovadora, de la suspensión de los actos administrativos el legislador de 1992 no sólo ha dado la espalda a los planteamientos y críticas doctrinales lo que, en principio, no tendría mayor trascendencia, sino sobre todo a una línea jurisprudencial, cada vez más consolidada, tanto del TC como del TS y de los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas, los cuales, superando los estrechos límites de la regulación legal de la suspensión, en aplicación del derecho consagrado en el artículo 24.1 CE, han venido adoptando con inteligencia y mesura medidas cautelares distintas a la suspensión.

Es cierto que las garantías del artículo 24.1 CE son propias del proceso judicial, y que por ello no resultan aplicables —salvo en materia sancionadora— a los procedimientos administrativos (SSTC 18/1981 y 181/1990), pero no lo es menos que el derecho a someter la ejecutividad del acto administrativo a los tribunales (reconocido por el TC en su Sentencia 66/1984) no puede quedar frustrado durante el tiempo que precede a la interposición del recurso contencioso-administrativo, que en nuestro país, como regla general, sigue estando condicionado a la interposición obligatoria del recurso administrativo previo. Si esto es así, no

(8) Art. 111.1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto recurrido, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
 b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de esta Ley.

3. Al dictar acuerdo de suspensión podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público y la eficacia de la resolución impugnada.

4. El acto impugnado se entenderá suspendido en su ejecución si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado la resolución expresa, sin necesidad de solicitar la certificación que regula el artículo 44 de esta Ley.

5. Cuando el recurso tenga por objeto la impugnación de un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, la suspensión de su eficacia habrá de ser publicada en el periódico oficial en que aquél se insertó.

hay más remedio que aceptar que en la vía administrativa previa deben aplicarse todas las técnicas que sean necesarias para garantizar el ejercicio de la que es una potestad exclusiva de los jueces y tribunales (art. 117.3 CE), esto es, la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que, por imperativo de la *efectividad* de la justicia, se extiende también al control de la ejecutividad de los actos administrativos.

En consecuencia, no me parece acertado que la nueva Ley siga anclada en la suspensión, como única medida de salvaguarda de la tutela judicial efectiva frente a la ejecutividad inmediata de los actos. Hubiera sido, en mi opinión, más correcto y respetuoso con los valores constitucionales consagrar una cláusula general de poderes cautelares, similar a la que recoge el art. 1428 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, y equivalente a la del artículo 700 del Código Procesal Civil italiano. Ante esta omisión, sólo cabe resignarse pensando que afortunadamente los tribunales de lo contencioso-administrativo están adoptando medidas cautelares —incluso positivas— distintas a la suspensión, aplicando, para ello, la cláusula general del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que es supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (disp. adicional sexta). El propio TC, cuya Ley Orgánica sólo contempla la suspensión, como medida para preservar el contenido del amparo durante la duración del proceso constitucional (art. 56 LOTC), no ha dudado en adoptar otras medidas cautelares (anotación preventiva del recurso de amparo en el Registro de la Propiedad) en aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (9).

Merece, por el contrario, en mi opinión, un juicio favorable el apartado 2.º del artículo 111 de la LAP que ha introducido la exigencia de que el acuerdo en virtud del cual se adopte o deniegue la suspensión sea una decisión «suficientemente» motivada, con la que se dé cuenta de la ponderación que el órgano administrativo hace de los intereses enfrentados en el momento en que se solicita la suspensión. La Ley exige una motivación reforzada para este tipo de resoluciones administrativas y más exigente que la que, con carácter general, se establece en el artículo 54 que sigue hablando de «sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho». Aunque entre los actos que según el artículo 54 de la LAP han de ser motivados aparecen, en el apartado *d*), «los acuerdos de suspensión», no cabe duda que para ellos la Ley está exigiendo un tipo especial de motivación, desde el momento en que requiere (art. 111.2) que el órgano llamado a decidir «razone suficientemente» —que es mucho más que hacer una sucinta referencia a hechos y fundamentos de derecho— sobre la ponderación que debe hacer entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que causaría al recurrente la ejecución inmediata del acto.

Por lo demás, el precepto recoge literalmente los dos presupuestos en los que descansaba la suspensión en la Ley de 1958. De esta manera, el órgano competente para resolver el recurso «podrá» suspender, dice el

(9) Autos de 2 y 23 de abril de 1990 y de 14 de octubre de 1991.

artículo 111.2 de la nueva Ley, el acto recurrido cuando concurra una de las siguientes circunstancias: *a)* que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación; *b)* que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la Ley. Así, pues, procederá la suspensión, previa ponderación de los intereses antes mencionados, cuando se dé el *periculum in mora* o cuando el acto administrativo no pueda presumirse válido, y no merezca, en consecuencia, el privilegio de la inmediata ejecutividad, por estar afectado por un vicio determinante de nulidad radical.

El artículo 111 de la LAP ha introducido una cláusula que podría denominarse «cláusula general de medidas contracautelares». En efecto, según el apartado 3.º del precepto, «al dictar el acuerdo de suspensión podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público y la eficacia de la resolución impugnada». Como puede observarse, ahora sí se habla de medidas cautelares, y con la máxima generosidad (*las que sean necesarias*), ya que se trata de garantizar la eficacia del acto administrativo suspendido. Una disposición equivalente consagra el artículo 138.3 para las resoluciones sancionadoras.

No digo que no deban existir medidas de este tipo —cautela de la cautela (CALAMANDREI) o contracautela (CHIOVENDA)— pues es obvio que en el supuesto de que se suspenda el acto administrativo deben protegerse, si así lo requiere el caso, los intereses públicos a los que el acto sirve, y crear de alguna manera las condiciones necesarias para que también la efectividad de una futura resolución judicial favorable al acto quede preservada. De hecho es muy frecuente que la suspensión se condicione al pago de una fianza por parte de quien se beneficia de la medida cautelar adoptada. Lo que critico es, sencillamente, la generosidad con que se otorgan al órgano administrativo poderes de contracautela, frente a la «tacañería» con que se regulan las medidas que el administrado puede oponer a la ejecutividad inmediata de los actos administrativos. Según la Ley, frente a la única medida cautelar que puede solicitar el administrado —la suspensión—, la Administración puede acordar todas las que sean necesarias para asegurar la eficacia del acto suspendido. Ahora bien, esa regla tiene, en mi opinión, un límite y es que podrán, efectivamente, acordarse todas las medidas que sean necesarias, pero siempre y cuando con ellas no se acabe por burlar o frustrar la finalidad que se persigue con la suspensión obtenida. La Ley permite que como resultado de la ponderación prevalezca la eficacia del acto, pero una vez que la balanza se ha inclinado en favor de la suspensión, la Administración no puede hacerla inoperante acudiendo al fácil recurso de las medidas de contracautela.

La innovación más importante de la Ley 30/1992 en materia de suspensión de los actos administrativos se encuentra en el apartado 4.º del artículo 111, que establece un régimen de silencio positivo (¿también para los actos de contenido negativo?) para las solicitudes de suspensión. Según la nueva regulación, los actos administrativos que hayan sido impugnados se entenderán suspendidos si en el transcurso de los treinta

días posteriores a la solicitud de suspensión, la Administración no hubiese dictado resolución expresa. La norma, que no establece más requisito que el de haber interpuesto el recurso y haber solicitado la suspensión, compensa, así, la dilación en el otorgamiento de la tutela cautelar que se deriva del carácter obligatorio del recurso administrativo previo. Aunque considero que hubiese sido deseable permitir que la solicitud de las medidas cautelares se pudiese presentar directamente ante el juez, al margen, por tanto, del recurso administrativo previo, la solución del artículo 111.4 LAP me parece positiva, en cuanto que señala un plazo de un mes para resolver sobre la suspensión y, lo que es más importante, otorga efectos positivos al silencio de la Administración. De ello se deriva, en mi opinión, una consecuencia muy importante y es la de que una vez que el administrado ha solicitado del órgano administrativo competente la suspensión del acto impugnado nace para la Administración la obligación de dictar una resolución expresa («suficientemente razonada») sobre el particular, sin que la Administración pueda proceder a ejecutar el acto impugnado y pendiente de resolución de suspensión, sin que medie esa resolución expresa, pues a ello se oponen, de un lado, la obligación de resolver expresamente la cuestión planteada (arts. 42.1 y 11.2 LA) y, de otro, el carácter positivo que por imperativo legal tiene en estos casos el silencio de la Administración. Por otra parte, cualquier actuación de la Administración con vistas a la ejecución del acto una vez que haya sido suspendido, expresa o presuntamente, debe considerarse proscrita por el principio general de la vinculación a los actos propios cuando estos son favorables o declarativos de derechos.

El nuevo régimen de la suspensión de la Ley 30/1992 se cierra con una regla relativa a la publicación de la suspensión de los actos que afecten a una pluralidad indeterminada de personas. Según el apartado 5.º del artículo 111, cuando el recurso tenga por objeto un acto de este tipo, la suspensión de su eficacia habrá de ser publicada en el periódico oficial en el que aquél se insertó. Visto que el precepto no distingue entre la suspensión expresa y la presunta, debe concluirse que la Administración resulta obligada a realizar la mencionada publicación también para el caso de que la suspensión se haya obtenido por el juego del silencio, lo que no deja de resultar extraño, pues coloca a la Administración en la inusitada situación de tener que dar publicidad a los efectos de su propia inactividad, situación que, por lo demás, está en perfecta sintonía con la figura creada por la Ley de la «certificación del silencio» (art. 44).

Por todo lo dicho, me parece que es posible concluir —con todos los matices derivados del hecho de que estamos hablando de la suspensión en vía de recurso administrativo y no judicial— que la nueva regulación de las medidas cautelares se ha quedado «corta» y ha nacido anticuada respecto de una práctica jurisprudencial y una construcción doctrinal que, por fortuna, la superan ampliamente. Esta actitud del legislador español en materia de medidas cautelares nos sitúa, como en tantas otras cosas, más cerca del modelo italiano que del francés. Efectivamente, en Francia, el progreso en el sistema de tutela cautelar ha venido de la mano

del legislador, mientras que los jueces, atrincherados en los dogmas de la ejecutividad del acto administrativo y de la división de poderes, no han sabido sacar todo su jugo a esa avanzada regulación legal de las medidas cautelares. En Italia, por el contrario, los avances del «giudizio cautelare» se han ido forjando a golpe de sentencias con las que los tribunales han sabido reaccionar frente a los estrechos límites de la legislación sobre medidas cautelares. En España, han sido también los tribunales, y es de esperar que lo sigan haciendo, los que han llevado a cabo una verdadera revolución en el sistema de la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo.

IV. ADDENDA : DERECHO DE HUELGA Y SUSPENSIÓN DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS; A PROPÓSITO DE LA STC 148/1993, DE 29 DE ABRIL DE 1993

Estando en prensa este trabajo, la Sala Segunda del TC ha dictado una Sentencia de enorme interés para el tema de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Se trata de la Sentencia de 29 de abril de 1993 (RA núm. 2416/1990) que estima el recurso de amparo interpuesto por la Confederación Sindical de CC OO contra el Auto del TS (Sección Novena de la Sala Tercera) de 23 de junio de 1990, dictado en la pieza separada de suspensión de un recurso contencioso-administrativo contra una serie de órdenes de la Consejería de Fomento y Trabajo de la Junta de Andalucía que fijaban servicios mínimos.

1. *Los antecedentes de la Sentencia: el acertado Auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla y su revocación por el TS*

Con motivo de la convocatoria de huelga general por CC OO y UGT para el día 14 de diciembre de 1988, la Consejería de Fomento y Trabajo de la Junta de Andalucía dictó ocho órdenes por las que se fijaban los servicios mínimos para determinados sectores. El sindicato CC OO, al amparo de lo dispuesto en la Ley 62/78, recurrió las órdenes mencionadas al tiempo que solicitaba su suspensión.

En primer lugar, la sala de Sevilla, muy correctamente, en mi opinión, decidió sustituir el trámite de alegaciones escritas, previsto en el artículo 7.3 de la Ley 62/78, por la audiencia que para los casos del derecho de reunión prevé el apartado 6.º de ese mismo precepto. En el propio Auto que puso fin a la pieza separada de suspensión, la Sala justificó este cambio en la tramitación por la necesidad de garantizar el derecho a la efectividad en la tutela judicial consagrada por el artículo 24 CE y no hacer ilusorio el amparo jurisdiccional a que se refiere el artículo 53.2 de la Norma fundamental, pues de no producirse así —diría la Sala— «el fallo judicial sobre la suspensión hubiera sido posterior al acto (en este caso norma singular)».

Merced a este procedimiento, y tras celebrar la audiencia prevista en el artículo 7.6 de la Ley 62/78, al día siguiente de la admisión a trámite de los recursos, la Sala de Sevilla acordó suspender cuatro de las ocho órdenes impugnadas, en lo que excedían de determinadas medidas que la propia Sala precisaba. El fundamento de su decisión viene a ser, sucintamente expuesto, el siguiente: es cierto que toda huelga general afecta al «interés general», pero de ello no puede inferirse la imposibilidad de aplicar la regla de la suspensión del acto impugnado prevista en la Ley 62/78, pues en tal caso ninguna actuación administrativa sobre servicios mínimos, por abusiva que fuera, podría ser objeto de suspensión por los tribunales. En consecuencia, se dice en el Auto (fundamento de derecho quinto), compete a la Sala en este trámite valorar de modo sumario si alguno de los extremos de las órdenes impugnadas manifiestamente despoja a los trabajadores del derecho que les asiste imponiéndoles unos servicios que excedan abusivamente de los límites o estándares admisibles bajo la rúbrica de «servicios esenciales». Y en este orden de cosas, concluye la Sala, sólo procede la suspensión de aquéllas que de modo patente desborden tales límites.

Con base en esta doctrina, como ya se ha adelantado, la Sala denegó la suspensión de las órdenes relativas a los servicios de agua, gas, electricidad y recogida de residuos hospitalarios y la otorgó parcialmente (en lo que estimó desproporcionado) para las órdenes sobre personal laboral de las corporaciones locales, el sector de la enseñanza y los transportes urbanos e interurbanos, excepto en lo relativo a transportes especiales para personal sanitario.

Contra el Auto de la Sala de Sevilla, de 13 de diciembre de 1988, la Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía interpuso recurso de apelación que fue estimado por el TS (Auto de 23 de junio de 1990, RA 5220) que revocó el Auto apelado imponiendo las costas de la primera instancia del incidente cautelar a la recurrente, Confederación Sindical de CC OO.

El Auto del TS contiene tres pronunciamientos principales: uno relativo al procedimiento utilizado por la Sala de Sevilla y los otros dos referentes a las medidas cautelares adoptadas en la primera instancia.

En cuanto al primer aspecto, la Sección argumenta que aunque ciertamente la Sala de Instancia no tramitó la pieza separada de suspensión en la forma establecida en el artículo 7.3 de la Ley 62/78, el hecho de que hayan quedado salvaguardados el principio de contradicción y el derecho de defensa, así como la naturaleza sumaria del procedimiento (que quedaría desvirtuada si se acordase, sin ser estrictamente necesaria, la nulidad de actuaciones y la retroacción del procedimiento) aconsejan en este caso un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión (fundamento de derecho primero).

En cuanto al fondo, el TS revoca el Auto impugnado argumentando que según el artículo 7.4 de la Ley 62/78 la decisión de la Sala sólo podía ser la de suspender, total o parcialmente, o la de denegar la suspensión, pero no cabía modificar el acto, fijando los servicios mínimos que consi-

deró procedentes, como hizo la Sala, desconociendo la naturaleza y finalidad de lo que es puramente una resolución incidental (fundamento de derecho segundo).

Por último, la Sección razona que suspender el cumplimiento de ocho órdenes que fijan servicios mínimos en servicios tan esenciales para la comunidad como el abastecimiento de agua, electricidad, gas, transporte urbano e interurbano, recogida y tratamiento de residuos sólidos, etc. (nótese que la Sala denegó la suspensión de las órdenes que fijaban servicios mínimos en los servicios de agua, electricidad, gas, recogida de residuos hospitalarios y transporte especial para personal sanitario), causaría un grave perjuicio al interés general, de una entidad más que suficiente para justificar la denegación de tal petición, que es la circunstancia única a tener en cuenta, sin que en esta pieza —se dice en el Auto— pueda valorarse si se ha cumplido la normativa legal, si las órdenes están suficientemente motivadas, si en la fijación de los servicios mínimos se ha cumplido el principio de proporcionalidad o el de igualdad, pues, en definitiva, en este trámite no cabe decidir otra cuestión que no sea la procedencia de la suspensión o su denegación por la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general (fundamento de derecho tercero).

Así, pues, un año después de que la Sentencia firme del TSJ de Andalucía, de 10 de julio de 1989, estimase los recursos de CC OO y anulase las órdenes impugnadas por contravenir el artículo 28.2 CE, el TS revocó la medida cautelar adoptada en la instancia apoyando su decisión en dos razones que, en mi opinión, son muy criticables: en primer lugar la idea de que a la Sala sólo le cabía conceder o denegar la suspensión, pero no modificar el acto cuya suspensión se pretendía; y, en segundo lugar, la idea de que suspender órdenes que fijan servicios mínimos en sectores tan esenciales para la comunidad entraña, por definición, un grave perjuicio para el interés general de una entidad más que suficiente para denegar la suspensión.

Los reparos que, en mi opinión, cabe hacer a la doctrina que el TS sienta en este Auto son, muy sintéticamente expuestos, los siguientes: en primer lugar es más que discutible que las medidas adoptadas por la Sala de Sevilla no entren en el concepto de «suspensión parcial» que, según el propio TS, sí permite al artículo 7.4 de la Ley 62/78. En mi opinión, la decisión de suspender una orden que fija determinados servicios mínimos en la medida, y sólo en la medida, en que sean desproporcionados, manteniendo la parte de esos servicios mínimos que se consideran proporcionada a la finalidad del acto en cuestión es exactamente *suspender parcialmente* las órdenes impugnadas.

En segundo lugar, si el TC ha declarado que la tutela cautelar no es tal sin medidas *adecuadas* que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso (STC 14/1992), ¿cómo puede seguir manteniéndose ante una solicitud de tutela cautelar para un derecho fundamental, en un procedimiento de especial protección de los mismos, que la Ley sólo permite suspender o denegar la suspensión, y que

tertium non datur? Del artículo 24 CE, en cuanto que garantiza el derecho a asegurar cautelarmente la efectividad de la tutela judicial, deriva una cláusula abierta de medidas cautelares que ha de permitir al juez ordenar en cada caso la que sea necesaria y adecuada para asegurar en su día el cumplimiento de la resolución judicial definitiva.

En tercer lugar, los argumentos que se vierten en el fundamento de derecho tercero del Auto del TS son, en mi opinión, la antítesis de lo que debe ser, insisto, también en mi opinión, un juicio cautelar. En este trabajo he expuesto que la toma de decisiones en un incidente cautelar ha de pasar, necesariamente, por una ponderación de valores constitucionales e intereses en presencia tendente a conseguir el difícil equilibrio entre el derecho a la tutela preventiva, y los derechos de terceros o de la colectividad, a los que el acto puede servir, así como entre los efectos irremediables que pueden derivarse de la ejecución del acto que se recurre y los no menos irremediables efectos que puede traer consigo la adopción de la medida cautelar. Pues bien, nada de esto hace el Auto del TS. Frente a una resolución como la de Sevilla, que ponderó el derecho de huelga —cuya tutela cautelar se solicitaba— con los intereses generales que pretendían proteger los servicios mínimos, utilizando el criterio de lo manifestamente desproporcionado, como fiel de esa balanza, el TS responde, sin más razonamiento, que suspender unas órdenes que fijan los servicios mínimos de servicios tan esenciales como aquéllos «causaría un grave perjuicio, de una entidad más que suficiente para justificar la denegación de tal petición». Y esto, dirá finalmente la Sala, es lo único que puede valorarse en este trámite: «la procedencia de la suspensión o su denegación por la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general».

Nadie duda que el artículo 7.4 de la Ley 62/78 prevé la denegación de la suspensión cuando «se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general», pero no puede olvidarse en primer lugar que esta es la excepción a la regla, es decir, que en el procedimiento especial de la Ley 62/78 se parte del efecto suspensivo del recurso. Y en segundo lugar, tampoco debe olvidarse que para que entre en juego la excepción a la regla de la suspensión es necesario «justificar» la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general, y justificar es dar razones y argumentos que avalen esa situación de *periculum in mora* para el interés general. Para ello es necesario hacer lo que hizo la Sala de Sevilla, esto es, sopesar el daño que realmente causaría cada una de las órdenes que establecieron servicios mínimos, midiendo la entidad y el alcance del perjuicio que se derivaría de su suspensión, lo cual obliga necesariamente a valorar lo que, según el TS, no puede valorarse, es decir, la proporcionalidad de los servicios mínimos establecidos en relación con las necesidades de la comunidad, para poder así adoptar la decisión que corresponda frente a la protección cautelar del derecho de huelga que el Sindicato recurrente solicitaba.

La resolución del TS mereció la censura del TC en la Sentencia de 29 de abril de 1993 cuyos pronunciamientos principales se destacan a continuación.

2. *Las líneas principales de la doctrina de la STC 148/1993, de 29 de abril*

El Sindicato CC OO interpuso recurso de amparo contra el Auto del TS de referencia imputándole una doble vulneración: la del artículo 24.1 CE, por incurrir en incongruencia y frustrar la efectividad de la tutela judicial al impedir un pronunciamiento sobre la suspensión de los servicios mínimos establecidos, y la del 27 y 28.2 CE, por permitir a la Administración fijar unos servicios mínimos claramente excesivos.

En primer lugar el Tribunal rechaza la objeción del fiscal sobre la carencia de objeto actual del recurso con la consiguiente falta de legitimación declarando que, siendo cierto que la medida cautelar de la Audiencia de Sevilla tuvo virtualidad el día de la huelga, no cabe ignorar que, aunque ya se había dictado sentencia firme sobre el fondo del asunto, el TS revocó la decisión incidental apelada imponiendo las costas devengadas en primera instancia a la parte demandante. Ante una pretensión insatisfecha —concluye el TC— la subsidiariedad del recurso de amparo y la demora ínsita al agotamiento de la vía judicial previa en modo alguno pueden desvirtuar la finalidad del proceso constitucional y justificar que este Tribunal deje de pronunciarse sobre la cuestión sometida a su enjuiciamiento, cualquiera que sea el juicio sobre la repercusión práctica de la hipotética estimación del amparo.

Entrando ya en el fondo del asunto, el Tribunal comienza por recordar su doctrina según la cual «la efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso» (STC 14/92). A continuación, y refiriéndose en concreto al artículo 28.2 CE, recuerda que, como ya dijo en la Sentencia 123/1990, «una adecuada ponderación de los derechos y bienes constitucionales involucrados en las huelgas que inciden en servicios esenciales para la comunidad obliga a establecer mecanismos que permitan someter a un control judicial *inmediato* las correspondientes decisiones de imposición de servicios mínimos».

Antes de entrar a analizar la resolución impugnada el Tribunal sienta todavía otra premisa doctrinal, ahora la relativa a cómo ha de ser el juicio cautelar en general y en un supuesto de derecho de huelga, en particular.

Respecto del incidente cautelar, en general, se dice que en él se ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño para el derecho cuya protección se impetra, derivado de la pendencia del proceso (*periculum in mora*), la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (*fumus boni iuris*) y, por último, valorar el perjuicio que para el interés general acarrearía la adopción de la medida cautelar solicitada.

Por lo que respecta a la protección cautelar del derecho de huelga en particular, sostiene el Tribunal que es imprescindible ponderar las concretas circunstancias concurrentes en la huelga, así como las necesidades

del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquélla repercute, de modo que exista una razonable proporción entre los sacrificios impuestos a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de los servicios esenciales.

Sentadas estas premisas, el Auto del TS que se impugna no va a resistir el juicio de constitucionalidad y así lo señala el Tribunal al afirmar lo siguiente:

«sin embargo, frente a la individualización efectuada por la Audiencia Territorial de Sevilla acerca de la cuota de actividad que de modo patente desbordaba el estándar de servicio mínimo, la resolución impugnada, sin efectuar ponderación alguna, consideró que la suspensión causaría grave perjuicio al interés general en atención exclusivamente a la naturaleza de las actividades productivas a las que afectaban los servicios mínimos establecidos, olvidando que el concepto de servicio mínimo no viene caracterizado no (sic.) sólo por la índole de la actividad sino también por el resultado que con dicha actividad se persigue, coincidente con la satisfacción de derechos o bienes constitucionales y en la medida y con la intensidad con que los satisfagan».

Por último, el TC rechaza la tesis del TS de que el artículo 7.4 de la Ley 62/1978 permite acordar la suspensión o denegarla pero no modificar el acto impugnado, haciendo uno de los pronunciamientos más importantes y novedosos de cuantos contiene la Sentencia. Me refiero a la declaración según la cual «más que terciar en el debate de si se produjo una suspensión parcial o en realidad una modificación de las disposiciones impugnadas, importa destacar que la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue, y aquí parece incuestionable que la acordada era idónea para no frustrar la efectividad de la Sentencia final y salvaguardaba al propio tiempo el interés general involucrado». Así, pues, el Tribunal respalda definitivamente la tesis —ya expuesta en la STC 14/1992— de que la medida cautelar a adoptar ha de ser la que resulte adecuada en cada caso y no sólo la suspensión. Con ello el Tribunal no sólo da entrada a la cláusula general de medidas cautelares, sino también a las medidas cautelares positivas, desde el momento en que no descarta que en el supuesto de autos se tratase de una verdadera modificación de las resoluciones administrativas impugnadas.

Todo lo dicho pone de relieve, sin necesidad de más comentarios, la trascendencia de la Sentencia 148/93, trascendencia que, en mi opinión, puede resumirse en tres aspectos principales: es la primera vez que el TC entra a revisar un Auto de suspensión, pronunciándose sobre el fondo del mismo, y lo hace en un caso en que la admisibilidad del recurso de amparo parece incontrovertible, ya que la medida cautelar afectaba a un derecho fundamental (el de huelga) de los protegidos con el amparo

constitucional. En segundo lugar, es también la primera vez en que se concretan las características del juicio cautelar en orden a su naturaleza ponderativa y se hace en un supuesto en que difícilmente puede descartarse la ponderación del interés general, ya que éste —identificado con el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad— viene impuesto por la propia Constitución (art. 28.2) como un límite al derecho de huelga. En tercer y último lugar, es muy importante porque acepta la legitimidad constitucional de medidas cautelares distintas a la suspensión.

