

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL RECOPIULATORIO

Augusto González Alonso

Letrado del Tribunal Supremo

EXTRACTO

Las medidas cautelares contraponen importantes principios generales como los de eficacia y ejecutividad de la actuación administrativa, que preservan la protección de los intereses generales que han de perseguir los poderes públicos en toda su actuación, con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva dentro del cual se inserta la justicia cautelar. El ámbito expansivo de control que se otorga a los tribunales de justicia frente a toda la actuación de la Administración permite que, antes de que aquella pueda imponerse a los ciudadanos, sea revisada por un tribunal y suspendida su ejecución si concurren los presupuestos procesales para ello.

La justicia cautelar, sin embargo, cuenta con sus propios límites: es preciso acreditar el *periculum in mora*, el riesgo que la no adopción de la medida podría tener para que el recurso contencioso interpuesto no alcance la finalidad que se espera de él; han de ponderarse todos los intereses afectados, públicos y privados; y ha de realizarse una primera valoración indiciaria de los fundamentos jurídicos de la pretensión que no afecte al fondo del pleito y que permita anticiparse a cualquier daño jurídico para el derecho cuya protección se pretende. Además, ha de valorarse la solidez de los argumentos jurídicos de la pretensión a los meros fines de la tutela cautelar, lo que es conocido como la doctrina del *fumus boni iuris*.

Con los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes, en el presente artículo se pretende recopilar la doctrina más consolidada y actual de nuestros tribunales en torno a la institución de las medidas cautelares, de gran trascendencia en el curso del proceso contencioso-administrativo.

Palabras claves: jurisdicción contencioso-administrativa, medidas cautelares y jurisprudencia.

Fecha de entrada: 04-01-2013 / Fecha de aceptación: 11-01-2013

INTERIM MEASURES IN ADMINISTRATIVE JURISDICTION: A COMPILATION JURISPRUDENTIAL ANALYSIS

Augusto González Alonso

ABSTRACT

Precautionary measures contradict important general principles as the effectiveness and enforceability of administrative action, that preserve the protection of general interests to be pursued by the government in all its actions with the fundamental right to effective judicial protection within which interim justice is inserted. The expansive scope of control granted to the courts against any action by the Administration allows, before it can be imposed on citizens, reviewed by a Court and suspended its execution if the procedural prerequisites to attend this.

The interim Justice, however, has its limits: it must prove the periculum in arrears, the risk that the failure to adopt the measure could have on the appeal filed not reach the expected purpose of him must weighed all affected interests, public and private, and has carried out an initial assessment of the legal *indiciaria* the claim does not affect the merits of the lawsuit and allow to anticipate any legal injury to the right for which protection is sought. In addition, it assessed the strength of the legal arguments of the claim to the mere purpose of interim protection, which is known as the doctrine of the *prima facie* case.

With the most recent pronouncements jurisprudential, in this article we try to collect more consolidated doctrine and our present courts around the institution of precautionary measures, of great importance in the course of the administrative litigation.

Keywords: contentious-administrative jurisdiction, interim measures and jurisprudence.

Sumario

1. Las medidas cautelares y la perspectiva constitucional: principios y derechos constitucionales en conflicto. Su regulación en el proceso constitucional
2. Un apunte sobre las medidas cautelares en el proceso civil
3. En concreto: las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo
4. El *periculum in mora*
5. Ponderación de los intereses en conflicto
6. No prejuzgar el fondo del litigio
7. El *fumus boni iuris*
8. Ámbito temporal de las medidas cautelares
9. Contracautelas frente a la adopción de las medidas cautelares

1. LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES EN CONFLICTO. SU REGULACIÓN EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL

El instituto de las medidas cautelares, de hondo raigambre en nuestro Derecho Procesal, ha experimentado importantes novedades a lo largo de su construcción legal y jurisprudencial. En el ámbito del proceso constitucional, su regulación está prevista para el recurso de amparo en el artículo 56.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC), el cual proclama que, cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la Sala o la Sección, de oficio o a instancia del recurrente, podrá disponer la suspensión, total o parcial, de sus efectos, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona.

En el ámbito estrictamente procesal, hay que recordar que la LOTC dispone que, cuando el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) conozca de un recurso de amparo respecto de decisiones de jueces y tribunales, ha de limitar su función a concretar si se han violado los derechos o libertades del demandante y preservar esos derechos o libertades, pero no puede realizar ninguna otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales.

De naturaleza claramente instrumental, las medidas cautelares presuponen la pendencia del proceso principal y, por tanto, poseen generalmente una vigencia temporal que se extingue cuando se dicta sentencia. Ahora bien, y en otro ámbito, la pendencia de recursos en la vía judicial ordinaria porque se haya adoptado en esta una medida cautelar no convierte en prematura e imposible una demanda de amparo ante el TC. Según la doctrina que ha ido asentando el TC respecto de las medidas cautelares y el proceso constitucional de amparo, los efectos de la pendencia del proceso principal sobre la admisibilidad de los recursos de amparo relativos a medidas cautelares está en función en cada caso de la relación existente entre la medida cautelar objeto de dicho proceso de amparo y los derechos e intereses legítimos que se enjuician en el proceso principal.

El TC ha configurado la suspensión cautelar en el proceso de amparo constitucional como una medida provisional de carácter excepcional y de aplicación restrictiva, sosteniendo que del artículo 56.1 de la LOTC deriva una regla general, consistente en que la admisión del recurso de amparo no conlleva la suspensión de los actos recurridos. Y ello dada la presunción de legitimidad que alcanza a todas las actividades de los poderes públicos, presunción inherente a la entera actividad pública (legislativa, ejecutiva y judicial) que está implícita en la Constitución Española (en adelante, CE), y a veces de forma explícita en el resto del ordenamiento jurídico. Ahora bien, el Alto Tribunal también ha entendido que cabe la suspensión total o parcial de los efectos de la ejecución de un acto o sentencia impugnados en amparo cuando se cumpla el requisito de que,

si no se acordara la suspensión, la eventual estimación del recurso de amparo sería ya tardía, y el restablecimiento en el derecho constitucional vulnerado no podría ser efectivo, sino el «ilusorio y nominal» que resulta de una sentencia favorable con efectos meramente declarativos. También se requiere, en todo caso, la ponderación de todos los intereses contrapuestos en juego para proceder a adoptar la medida cautelar de suspensión. En la doctrina constitucional resulta necesario apreciar la incidencia que la ejecución del acto puede tener en la finalidad misma del amparo solicitado, de modo que procederá la suspensión cuando la ejecución conlleve unos efectos que impidiesen la efectividad del amparo en caso de ser otorgado, a no ser que, de acordarse la suspensión, se siguiese una perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales o libertades públicas de terceros (*vid.* ATC 145/1989 y ATC 36/1997).

Dentro de lo que el TC interpreta como perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido o a los derechos fundamentales o libertades de otra persona, no se encuentran los perjuicios de carácter patrimonial o económico, como causa suficiente para acordar la suspensión de una resolución judicial firme, porque se entiende que dichos perjuicios son susceptibles de ser reparados en la hipótesis de que la pretensión de amparo sea estimada, de modo que no conllevan un perjuicio irremediable al obligado al pago que pueda hacer perder la finalidad del recurso de amparo. Solo en el caso de que el recurrente en amparo justificase cumplidamente que el no otorgamiento de la suspensión le ocasionaría un perjuicio irreparable que haría perder al amparo su finalidad, y siempre que de dicha medida cautelar no se siga perturbación grave de los intereses generales o de los derechos y libertades fundamentales de un tercero, el TC acordaría la suspensión interesada. Por ello, el TC ha acordado la suspensión en supuestos en que la ejecución de las resoluciones recurridas en amparo acarrearía perjuicios económicos difícilmente reparables por su entidad o por la irreversibilidad de las situaciones jurídicas que puedan producirse, «como ocurre en los casos de enajenación forzosa de los bienes embargados o de transmisión a un tercero de la propiedad de un bien determinado, haciendo así que este sea irrecuperable, así como de demolición de viviendas. Otro tanto sucede cuando se declara la resolución de la relación arrendaticia y se acuerda el lanzamiento de la vivienda o local, pues la pérdida de la posesión del inmueble podría dar lugar a un perjuicio difícilmente reparable en su integridad, al generar una situación irreversible, e incluso en supuestos de privación temporal del uso de la vivienda de la que es propietario el recurrente y que constituye su residencia habitual». Lo mismo ha afirmado el TC respecto de la sanción de suspensión temporal de la concesión que ampara la actividad de expendeduría de tabacos en supuestos donde el plazo de suspensión era de 15 días, de 30 días, de 75 días o de 4 meses, y ello por considerar que el cese temporal en un negocio afectaría a elementos inmateriales del mismo, como el mantenimiento de la clientela y la buena fama del establecimiento, que podrían verse afectados de forma irreparable. Por tanto, aunque la doctrina generalmente asentada por el TC es que en los supuestos en que el derecho debatido en el proceso principal tenga contenido económico o patrimonial no quepa por regla general una medida cautelar porque se entienda que ese derecho siempre podrá ser restablecido en su integridad después de la resolución judicial mediante una indemnización económica, sin embargo en algunos supuestos la indemnización a posteriori de los perjuicios producidos por la pendencia del proceso principal puede resultar tan insuficiente para preservar la futura integridad del mismo como cuando se afecta a otro tipo de derecho, ya que puede darse el caso de que la situación anterior del derecho de contenido patrimonial no pueda ser restaurada en su plenitud mediante una reparación pecuniaria.

Por otra parte, debe señalarse que las medidas cautelares son una institución que enfrenta un principio general como el de la eficacia de la actuación administrativa, consagrado en el artículo 103.1 de la CE, y un derecho fundamental como es el de la tutela judicial efectiva *ex* artículo 24 de la CE, dentro del cual la jurisprudencia ha incluido sin ambages a la justicia cautelar. Aquel principio general deriva en gran medida de la presunción de legalidad y validez de toda actuación de la Administración, presunción recogida en el artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Y también es un trasunto de la eficacia de la actuación administrativa, la ejecutividad de los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo, tal y como proclama el artículo 56 del mismo cuerpo legal, ejecutividad que constituye el estandarte de la autotutela administrativa y que se mantiene aunque se interponga un recurso jurisdiccional, salvo que el recurrente solicite la suspensión, alegando y probando, al menos indiciariamente, que de la ejecución habrían de derivarse perjuicios de difícil o imposible reparación.

De acuerdo con la doctrina constitucional, la fiscalización plena de la actuación administrativa impuesta por el artículo 106.1 de la CE comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un tribunal y que este, con la información que resulte menester, resuelva sobre la suspensión. Y todo ello sin olvidar que la ejecutividad de los actos administrativos, según reiterada doctrina del TC, no atenta a la CE (en cuanto que es una manifestación del derecho de autotutela de la Administración Pública) ni específicamente al derecho a la tutela judicial efectiva. Es decir, que el hecho de que un acto administrativo sea ejecutivo no impide que pueda ser suspendido de forma inmediata por un Tribunal de Justicia, porque la tutela judicial tiene un efecto expansivo e inmediato sobre cualesquiera derechos o intereses legítimos, permitiendo que se puedan adoptar las medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso.

Por todas estas razones, el TC ha declarado la inconstitucionalidad de las normas que impiden radicalmente suspender la ejecutividad de las decisiones de la Administración, que los defectos o errores cometidos en incidentes cautelares del procedimiento son relevantes desde la perspectiva del artículo 24.1 de la CE si imposibilitan la efectividad de la tutela judicial, que implican la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o prejuzgan irreparablemente la decisión final del proceso, y que el derecho a la tutela se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un tribunal. En definitiva, el Alto Tribunal ha manifestado en numerosos pronunciamientos que de ese mismo derecho fundamental que aquí se comenta deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares. Y esta fuerza expansiva del artículo 24.1 de la CE viene también impuesta por el principio del Derecho Comunitario europeo recogido en la Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990, principio que hace suyo nuestro Tribunal Supremo (en adelante, TS) y que se resume en que «la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón». Entre otros muchos aspectos de la jurisdicción y del proceso contencioso-administrativo que experimentaron el influjo directo de la CE se encuentra el de las medidas cautelares, a través de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el artículo 24 de la CE, de modo que la suspensión cautelar de la ejecutividad de la disposición o del acto administrativo deja de tener carácter excepcional y se convierte en un instrumento de la tutela judicial ordinaria.

Resultaría evidente que la tensión entre el principio de eficacia y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva debiera saldarse con la prevalencia de este último previsto en el artículo 24 de la CE, pero hay que recordar que los derechos fundamentales no son ilimitados, según tiene asentado el TC, razón por la cual el derecho a la tutela judicial efectiva a través de la justicia cautelar cuenta también con unos límites, en los términos que se explicarán más adelante. No son infrecuentes, por ejemplo, las alegaciones de los recurrentes que solicitan la suspensión de la ejecutividad de un acto administrativo sancionador al considerar que está en liza el derecho fundamental a la presunción de inocencia (*ex art. 24 de la CE*), que se considera siempre prevalente al principio de eficacia de la actuación administrativa (*ex art. 103 de la CE*).

2. UN APUNTE SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL

Dado el carácter supletorio que la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) tiene respecto de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), resulta preciso referirse brevemente a la regulación de las medidas cautelares en el proceso civil. Comenzando por considerar que la adopción de medidas cautelares forma parte del conjunto de pretensiones que la legislación procesal civil admite expresamente que pueden ejercitarse ante los tribunales, *ex artículo 5 de la LEC*. La adopción de las medidas cautelares que se consideren necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare han de ser siempre solicitadas por el actor principal o reconvenional, de modo que es precisa la petición de parte en lugar de poder adoptarse de oficio. El artículo 721 de la LEC se intitula «Necesaria instancia de parte», lo que da una idea clara del propósito y ánimo del legislador. Y el juzgado o tribunal solo las podrá acordar si quien las solicita justifica que, de no adoptarse, podrían producirse durante la pendencia del proceso situaciones que impidieran o dificultaren la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. Para ello, la ley exige al actor que las solicita que presente los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión.

Por otro lado, la ley opta por un sistema abierto, autorizando a los juzgados y tribunales para decretar cualesquiera medidas que resulten adecuadas en cada caso a los efectos de asegurar la eficacia de una eventual sentencia estimatoria, si bien cumpliendo unas características mínimas que recoge el artículo 726 de la LEC: las medidas cautelares deben estar destinadas exclusivamente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, además de que no han de ser susceptibles de sustitución por otras medidas igualmente eficaces, pero menos gravosas o perjudiciales para el demandado.

Por otra parte, el artículo 727 de la LEC contempla un catálogo de medidas cautelares de carácter específico, como *numerus apertus*, que no agota todas las que puede adoptar un órgano jurisdiccional: embargo preventivo de bienes, intervención o administración judicial de bienes productivos, depósito de cosa mueble, formación de inventario de bienes, anotación preventiva

de demanda y otras anotaciones registrales, orden judicial de cesación de actividad, intervención y depósito de ingresos obtenidos por una actividad ilícita, depósito temporal de obras y objetos que vulneren las normas sobre propiedad intelectual e industrial, suspensión de acuerdos sociales impugnados y demás medidas que prevean expresamente las leyes.

3. EN CONCRETO: LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Específicamente y por lo que respecta al proceso contencioso-administrativo, prescindiendo de un *excursus* histórico sobre esta figura, baste con señalar aquí que la vigente LJCA centró sus esfuerzos en actualizar la regulación de la materia, en ampliar las medidas cautelares posibles y en consolidar unos criterios que sirvan de guía a su adopción por los tribunales de justicia. Así, destacan por su importancia, a tenor de la ampliación del ámbito cognitivo de dicho ámbito procesal, la ampliación de las posibles medidas cautelares a adoptar más allá de la mera suspensión de la ejecución de la disposición o del acto recurrido, de modo que cabe la adopción de cualesquiera medidas que aseguren la efectividad de la sentencia, correspondiendo al juez o tribunal determinar las que fueren necesarias según las circunstancias concurrentes en cada caso. Así ha quedado consolidada la redacción del artículo 129.1 de la Ley Jurisdiccional, al remitirse a la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, de modo que se ha pasado a un sistema de *numerus apertus* y medidas innominadas, entre las que se encuentran las de carácter positivo. También constituyó un hito importante conectar la justicia cautelar con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de modo que el juez o tribunal pueden recurrir a aquella siempre que entiendan que resulte necesario, pero constreñidos a unos límites que no han de sobrepasar, aun considerando que los mismos están sujetos a una notable labor interpretativa del juzgador: que la ejecución del acto o disposición pueda hacer perder la finalidad al recurso, y que se realice una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto.

Tal y como ha reconocido la jurisprudencia del TS, en el proceso administrativo la suspensión cautelar tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones Públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad con respecto a los particulares ante los tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el artículo 106.1 de la CE.

Las medidas cautelares cuentan, por tanto, con un marco regulador doble: el legal, consagrado por el Capítulo II del Título VI de la LJCA, artículos 129 a 136; y el jurisprudencial, del que destacan algunos criterios especialmente subrayables que constituyen una guía de primer orden para todo órgano jurisdiccional que se enfrente a la adopción de una medida cautelar.

Las medidas cautelares reguladas en la Ley Jurisdiccional constituyen un sistema de ámbito muy amplio, según la jurisprudencia (*vid.* ATS, Sala 3.ª, de 12-04-2012, RCA 154/2012), ya que es aplicable tanto al procedimiento ordinario como al abreviado y al especial para la protección de los

derechos fundamentales de la persona. Asimismo, las medidas cautelares pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos (incluidos los negativos) como de las disposiciones de carácter general, aunque la ley deja claro que para estas últimas solo cabe adoptar la medida cautelar clásica de la suspensión, con ciertas especialidades procesales (consistentes en que la solicitud ha de efectuarse en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo o en el de demanda, y que la suspensión de la vigencia de la disposición general ha de publicarse en un diario oficial).

No se tratarán aquí, por su especialidad y peculiaridades necesitadas de mayor detenimiento, las denominadas medidas cautelarísimas previstas en el artículo 135 de la LJCA, que son aquellas en que los interesados alegan la concurrencia de circunstancias de especial urgencia (o sea, una urgencia cualificada) y que adopta el juez o tribunal mediante auto *inaudita parte*, en el plazo de 2 días. Las dos consecuencias más importantes de la adopción de las medidas cautelarísimas están en que se rompe el principio general de contradicción y que se fija una medida cautelar con carácter provisional. Pero, en definitiva, la adopción o no de la medida habrá de hacerse conforme a los criterios generales establecidos en el artículo 130 de la Ley Jurisdiccional (*periculum in mora* y ponderación de los intereses en conflicto).

Sin embargo, sí debe destacarse la especialidad derivada de la institución de las medidas cautelares en los supuestos de inactividad de la Administración Pública y de la vía de hecho, *ex* artículos 29 y 30 de la LJCA. En estos casos, la ley prevé que la medida cautelar ha de adoptarse por el juez o tribunal, ya no es potestativa, y la única salvedad prevista es que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones contempladas en dichos artículos o que la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el juez habrá de ponderar en forma circunstanciada. En el caso de la vía de hecho, parece muy razonable que con la adopción preceptiva de la medida cautelar solicitada se ponga coto a una actuación de la Administración burda y al margen del procedimiento establecido, que haría a esta beneficiarse de la presunción de ejecutividad de sus actos cuando los mismos no cumplen los requisitos mínimos para ser considerados tales. En el caso de la inactividad de la Administración, la adopción de una medida cautelar por el órgano jurisdiccional implica una condena de hacer que parece difícil que pueda adoptarse sin prejuzgar el fondo del asunto y de la cuestión debatida. Queda a salvo de la obligación de acordar la medida cautelar que se afecten los intereses generales o de tercero, por supuesto.

Cabe, asimismo, que las medidas cautelares previstas para los supuestos de los artículos 29 y 30 de la Ley Jurisdiccional se soliciten antes de la interposición del recurso contencioso-administrativo, en cuyo caso la tramitación seguirá las reglas de las medidas cautelarísimas (lo que implica que se adoptarán *inaudita parte*, aunque no será necesario apreciar las circunstancias de especial urgencia, que no se dan normalmente en el caso de la inactividad de la Administración) y el interesado deberá pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de 10 días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares (plazo de 10 días que, en este supuesto concreto, trastoca el régimen general de plazos para la interposición del recurso contencioso-administrativo previsto en el art. 46 de la Ley Jurisdiccional). Si no se ratifica el interesado en la solicitud, hay que entender que decae el interés en su mantenimiento y habrán de ser levantadas. Y si no se interpusiese el recurso contencioso,

la ley dispone que las medidas acordadas quedarán automáticamente sin efecto, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que aquellas hayan producido.

Desde el punto de vista práctico, es necesario subrayar que para la adopción de una medida cautelar es preciso que el recurrente argumente y acredite la concurrencia de los requisitos exigidos para ello, exponiendo los elementos fácticos de los que se pueda deducir una situación que pudiera hacer perder la finalidad al recurso. Pueden solicitarse en cualquier momento del proceso, lo que significa que puede hacerse en cualquier acto procesal típico de parte o en uno de carácter específico e innominado. La única limitación que contempla la ley se refiere a la petición de suspensión de la vigencia de varios preceptos de una disposición general, en cuyo caso la solicitud de adopción de la medida cautelar solo puede efectuarse en el escrito de interposición del recurso o en el de la demanda.

En su adopción, el órgano jurisdiccional ha de tener en cuenta el principio de proporcionalidad, lo que no resultará sencillo hacer considerando que de una manera u otra el juez o tribunal se verá forzado a realizar un juicio prospectivo sobre el *periculum in mora*, analizando la legitimidad y viabilidad de las pretensiones deducidas por el solicitante de la tutela cautelar. Resulta claro, en todo caso, que la Ley Jurisdiccional apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, como consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto.

Sobre el procedimiento para su adopción, baste remitirse al artículo 131 de la LJCA, debiendo destacarse que ha de tramitarse en pieza separada y con audiencia de las partes, con la finalidad, en este último caso, de no provocar indefensión en la parte que se viera afectada negativamente por la medida cautelar interesada. De hecho, el TS tiene asentada una jurisprudencia en virtud de la cual el auto de suspensión no se debe dictar nunca *inaudita parte* respecto de la Administración autora del acto impugnado.

Y sobre los efectos de la medida, dada la claridad con que los recoge el legislador en el artículo 134 de la Ley de esta Jurisdicción, basta con una mera remisión a su contenido.

4. EL *PERICULUM IN MORA*

Vid. STS, Sala 3.^a, de 18-11-2003, RC 5735/2001; ATS, Sala 3.^a, de 14-12-2012, RCA 154/2012; y ATS, Sala 3.^a, de 08-05-2012, RCA 313/2012.

El primer requisito previsto en la norma procesal contencioso-administrativa (*ex art.* 130.1) para el otorgamiento de la medida cautelar es el consistente en que, de no adoptarse esta, la ejecución del acto o la aplicación de la disposición podrían hacer perder su finalidad legítima al recurso. Es lo que se conoce como *periculum in mora*, criterio considerado por la jurisprudencia del TS como el verdadero decisor de la suspensión cautelar. En consecuencia, la adopción de la medida exige de modo ineludible que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte y el pronun-

ciamiento futuro del órgano judicial e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso.

La finalidad legítima del recurso es, a juicio del TS, no solo, pero sí prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad. Por esta razón, el Alto Tribunal entiende que la pérdida de la finalidad legítima del recurso es la causa que legitima la adopción de unas medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando para ello de manera circunstanciada (esto es, atendiendo a las circunstancias del caso) todos los intereses en conflicto.

Para que el órgano judicial pueda conceder o denegar la medida cautelar solicitada, es preciso –según jurisprudencia consolidada– justificar o probar, aun de forma incompleta o por indicios, aquellas circunstancias que puedan permitir al tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. De modo que la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado que la ejecución del acto impugnado (o la vigencia de la disposición impugnada) le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que estos sean de difícil o imposible reparación. El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

Por otra parte, el perjuicio económico que pueden causar las resoluciones administrativas cuya suspensión se solicita en vía cautelar no es admitido con carácter general como un motivo suficiente para acordar la suspensión, porque la regla general es la reparabilidad del perjuicio que se haya podido producir. En el caso de las resoluciones administrativas sancionadoras, cuando la magnitud de la sanción es tal que su ejecución puede hacer irreparable el perjuicio causado al sancionado (por ejemplo, porque se precise la enajenación de sus bienes para hacer efectiva la sanción), ese elemento de la magnitud ha sido atendido por la jurisprudencia para acordar la adopción de la medida cautelar de suspensión.

SUPUESTOS PRÁCTICOS

En el ámbito de la potestad sancionadora, el tribunal no aprecia la concurrencia del *periculum in mora* como consecuencia de la ejecución de una resolución sancionadora de una cuantía determinada ya que entiende que la posible estimación del recurso contencioso-administrativo daría lugar al abono por el Estado de la cantidad de la sanción con sus correspondientes intereses (*vid.* ATS, Sala 3.^a, de 12-04-2012, RC 154/2012).

La jurisprudencia también ha dejado claro que la suspensión de las sanciones tributarias de tipo pecuniario en vía contencioso-administrativa debe seguir las reglas generales del Capítulo II del Título VI de la LJCA sin automatismo alguno, es decir, sin que el beneficio de la suspensión

automática de la ejecución de sanciones administrativas o tributarias impugnadas en vía administrativa o económico-administrativa, establecido por las leyes hasta el agotamiento de la vía administrativa, tenga por qué prolongarse, con ese mismo automatismo, a la ulterior vía jurisdiccional contencioso-administrativa. En estos casos es preciso realizar un juicio de ponderación de intereses públicos y privados en conflicto, y la subordinación de la suspensión a la prestación de caución o garantía para responder a los posibles perjuicios que la suspensión pudiera causar a los intereses públicos (*vid.* STS, Sala 3.ª, de 27-03-2008, RC 1159/2007; y ATS, Sala 3.ª, de 10-04-2012, RC 3785/2011). Esa interpretación se ha seguido desde una importante Sentencia del Pleno de la Sala 3.ª del TS, de 7 de marzo de 2005 (RC 715/1999), en virtud de la cual la suspensión de la sanción tributaria sin garantía acordada en la vía económico-administrativa puede (y, en cierto modo, debe) mantenerse en la vía contencioso-administrativa, con una serie de requisitos procedimentales complementarios, como son, al amparo del artículo 233.8 de la Ley 58/2003 General Tributaria, que el interesado comunique a la Administración Tributaria en el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo que ha interpuesto dicho recurso y ha solicitado la suspensión en el mismo –requisitos sin los que el mantenimiento indicado carece de virtualidad–, hasta que el órgano jurisdiccional, en el ejercicio de su peculiar potestad decisoria cautelar, y ponderando, además, los intereses públicos y privados en juego, adopte la decisión, en la pieza separada de suspensión, que al respecto estime que es la pertinente. Ahora bien, no han sido pocas las resoluciones dictadas por el TS en las que se ha resaltado que el propio legislador ha marcado una pauta de valoración objetiva de su interés en la efectividad de las sanciones impugnadas, cuando no solo permite, sino que impone la suspensión sin necesidad de aportar garantías cuando son impugnadas en vía administrativa. Si esto es así y en el plano administrativo la importancia del interés público se valora en esos términos, el TS deduce que cuando ese interés se suscita en un proceso cautelar no puede tener por sí solo un valor mayor que en el procedimiento administrativo.

La jurisprudencia del TS no viene admitiendo la invocación genérica de perjuicios irreparables o de difícil reparación, desde una perspectiva hipotética o en términos de mera posibilidad.

5. PONDERACIÓN DE LOS INTERESES EN CONFLICTO

Vid. ATS, Sala 3.ª, de 02-11-2000, RC 387/1999; y ATS, Sala 3.ª, de 25-06-2001, RC 165/2001.

El segundo requisito que regula la LJCA para otorgar la medida cautelar solicitada es que se realice una valoración circunstanciada (lo que hay que interpretar como motivada) de todos los intereses en conflicto, es decir, que se ponderen los intereses de todas las partes (demandante, demandado, intereses de terceros y el interés general) de acuerdo con las circunstancias concurrentes en el caso. Se trata del contrapeso o parámetro de contención del requisito anterior, y que opera no solo para adoptar la medida, sino también para denegarla, cuando la misma pueda perturbar gravemente los intereses generales o de un tercero, que el juez, una vez más, ha de ponderar de forma circunstanciada.

Por tanto, cuando se solicita la adopción de una medida cautelar, aunque concurra el anterior presupuesto del *periculum in mora*, puede denegarse la misma siempre que se aprecie perturbación

grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado. La jurisprudencia ha repetido en numerosas resoluciones que, 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 es de gran intensidad, solo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto.

Merece la pena mencionar en este punto que la jurisprudencia y la doctrina no vienen admitiendo como causa de suspensión de la ejecución de los actos administrativos la posible afectación y protección de los derechos fundamentales, ya que incluso en ese ámbito la adopción de dicha medida cautelar es excepcional al tener que tomar por sentado que dichos actos administrativos emanan de poderes legítimamente constituidos.

En todo caso, el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y –como se ha dicho– exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada. Es destacable que el artículo 130.1 de la LJCA no requiera de forma expresa, para adoptar o denegar la medida cautelar solicitada, que la decisión sea motivada. Pero si bien no lo menciona el legislador, la utilización de las expresiones «valoración circunstanciada» o «de forma circunstanciada» que recogen los apartados 1 y 2 del artículo 130 conducen a la necesidad de motivar la medida cautelar. Así lo han entendido varios pronunciamientos del TS.

En el caso de solicitar la suspensión de una disposición administrativa de carácter general, la jurisprudencia viene exigiendo con mayor rigor la ponderación del interés público prevalente, teniendo en cuenta el alcance general y los efectos de una disposición reglamentaria de tal naturaleza (*vid.* ATS, Sala 3.^a, de 02-11-2000, RCA 387/1999), de modo que la suspensión de su cumplimiento producirá un perjuicio evidente al interés general frente al particular de un administrado que puede ser perfectamente reparado y restablecido en su integridad en su derecho o, de no ser posible, ser indemnizado con las cuantías que sean procedentes (*vid.* ATS, Sala 3.^a, Sección 7.^a, de 16-12-2005, RCA 47/2005). Es más, es doctrina constante del Alto Tribunal que, cuando se trata de la impugnación de disposiciones generales, ha de realizarse prioritariamente un examen de la medida en que el interés público implícito en la propia naturaleza de la disposición general exija la ejecución. Lo que significa que, salvo evidencia de que puedan producirse perjuicios irreversibles, el daño que hipotéticamente pudiera generarse derivaría de los actos de ejecución y no de la disposición general, y la suspensión no afectaría en el mismo sentido al interés público, del que se derivaría un grave perjuicio si se suspendiese la aplicación de la disposición impugnada.

En todo caso, el TS no concede la suspensión en los supuestos de estar frente a una disposición administrativa de carácter general si la parte recurrente no expone con el rigor exigible los vicios de nulidad de pleno derecho en que puede incurrir la disposición ni los motivos que justificarían a primera vista la concesión de la suspensión de la disposición impugnada. Así sucede en el supuesto concreto en que la disposición reglamentaria cuya suspensión se solicita tiene por

objeto importantes intereses generales conectados con la adopción de medidas de política económica destinadas a mejorar la transparencia y la eficacia del sector de seguros (*vid.* ATS, Sala 3.^a, de 16-07-2004, RCA 46/2004).

SUPUESTOS PRÁCTICOS

En el ámbito urbanístico, por ejemplo, la ausencia del informe de un organismo de cuenca correspondiente que constata la suficiencia de recursos hídricos para satisfacer las demandas derivadas de la ejecución de un plan parcial, de un programa de actuación integral (PAI) o de un proyecto de urbanización constituye una circunstancia que ha de ponderarse a los efectos de adoptar la cautela solicitada en el proceso. Y es que la exigencia del informe del organismo de cuenca no se limita a los casos de aprobación de un plan general, sino a todos aquellos supuestos que impliquen nuevas demandas de recursos hídricos (*vid.* ATS, Sala 3.^a, de 11-11-2011, RC 361/2011).

En ese mismo ámbito de la ordenación del territorio, el TS corrobora la medida cautelar de suspensión adoptada por el tribunal de instancia en relación con el desarrollo urbanístico de unos terrenos hasta que se resuelva sobre la corrección legal o no de la modificación puntual de un plan general de ordenación urbana (PGOU) sin intervención autonómica en el proceso aprobatorio, lo que hubiera implicado la implantación de un uso por la sola decisión municipal y sin intervención de las Comunidades Autónomas (*vid.* STS, Sala 3.^a, de 14-03-2006, RC 10373/2003).

En parecidos términos se pronuncia el TS al considerar prevalente la preservación del suelo frente al interés de una entidad titular de una licencia en edificar conforme a un ordenamiento urbanístico que la Administración de la Comunidad Autónoma considera que ha de ser revisado para la salvaguarda de intereses supralocales concretos (*vid.* STS, Sala 3.^a, de 22-12-2005, RC 3679/2003). También es criterio jurisprudencial considerar improcedente la suspensión de una resolución administrativa que a su vez suspendía el ejercicio de una actividad sin licencia porque, de accederse a la pretensión, se haría una declaración de naturaleza positiva, sustituyendo a la Administración competente y accediéndose al otorgamiento de una licencia inexistente por el tiempo que durase la tramitación del recurso.

La Sala 3.^a del TS ha acogido la pretensión de la medida cautelar de suspensión en el supuesto de los efectos irreparables relativos al cese de la actividad empresarial que provocaría la no suspensión de la obligación de reintegro al Tesoro Público de una subvención teniendo en cuenta las dificultades que la actual crisis económica y financiera supone para las empresas del sector de fabricación de componentes de automoción, que podría desembocar en la solicitud de quiebra.

6. NO PREJUZGAR EL FONDO DEL LITIGIO

Vid. ATS, Sala 3.^a, de 12-04-2012, RCA 154/2012; STC 148/1993, de 29 de abril (Recurso de amparo n.º 2416/1990); y STS, Sala 3.^a, Sección 4.^a, de 18-05-2004, RC 5793/2001.

Se trata de un requisito de construcción jurisprudencial que viene a establecer que la conjugación de los dos requisitos anteriores (*periculum in mora* y ponderación de los intereses en conflicto) debe realizarse sin prejuzgar el fondo del pleito, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos suficientes para llevar a cabo ese enjuiciamiento, pudiendo producirse el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho fundamental previsto en el artículo 24 de la CE, que es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba. El TS considera que toda valoración en el incidente de medidas cautelares en relación con el fondo del pleito desvirtuaría su propia naturaleza y contenido, y se resolvería la cuestión de fondo sin trámite de demanda, de prueba y de conclusiones, es decir, sin las garantías y trámites que al efecto ha establecido el legislador. En el apartado siguiente se abundará en esta idea.

El TC ha establecido que, aunque el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal, sí ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo (*periculum in mora*) y 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, de otro lado, valorar el perjuicio que para el interés general (en este caso asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales) acarrearía la adopción de la medida cautelar solicitada.

7. EL FUMUS BONI IURIS

Vid. ATS, Sala 3.^a, de 25-06-2001, RCA 165/2001; y ATS, Sala 3.^a, de 08-05-2012, RCA 313/2012.

El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho ha alcanzado un feliz grado de implantación entre los tribunales de justicia gracias a la sólida construcción jurisprudencial de la que parte, sobre todo desde el ATS, Sala 3.^a, de 20-12-1990. Efectivamente, el TS ha conseguido equilibrar el principio de no prejuzgar el fondo del asunto cuando se enfrenta a la petición de una medida cautelar, con la necesidad de valorar la solidez de los argumentos jurídicos de la pretensión a los meros efectos de la tutela cautelar. La doctrina del *fumus boni iuris* permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

Como es conocido, la Ley Jurisdiccional no recoge referencia alguna al criterio del *fumus boni iuris*, cuya aplicación se confió a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC, cuyo artículo 728 consagra que el solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito.

Ahora bien, la jurisprudencia ha entendido también que solo puede alegarse el *fumus boni iuris*, como determinante de la procedencia de la suspensión, cuando el acto haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados, ya que, cuando se postula la nulidad en virtud de causas que han de ser por primera vez objeto de valoración o decisión en el proceso principal, lo que se pretende es que se prejuzgue la cuestión de fondo, sin que el incidente de suspensión sea el cauce procesal idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito. De lo contrario –según jurisprudencia del TS– se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva se vulneraría otro derecho también fundamental y recogido en el artículo 24 de la CE, que es el derecho al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba, ya que el incidente de suspensión –se insiste– no es el cauce procesal adecuado para decidir la cuestión objeto del pleito.

Es decir, que alegar la apariencia de buen Derecho tiene visos de prosperabilidad jurisdiccional cuando no ha de enjuiciarse en el proceso principal una actuación administrativa por primera vez, sino que ya lo ha sido con anterioridad en un proceso distinto. Ahora bien, el TS también ha señalado que cabe detectar una variante en la que, en presencia de una fuerte presunción o manifiesta fundamentación de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se puede proceder a otorgar la suspensión; y también se ha defendido que será procedente la toma en consideración de los criterios usualmente utilizados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, entre ellos la apariencia de buen derecho, con las matizaciones procedentes, en la medida en que la tutela cautelar se refiera a derechos derivados de la aplicación, directa o indirecta, de normas de derecho comunitario, respecto de las cuales los jueces nacionales han de dispensar aquella tutela conforme a unas pautas jurídicas homogéneas para todos los Estados miembros.

Por tanto, la jurisprudencia más reciente realiza una aplicación más matizada de la doctrina de la apariencia de buen derecho, utilizándola en determinados supuestos de nulidad de pleno derecho (si dicha nulidad es manifiesta) de aquellos actos que hayan recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme, y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz.

8. ÁMBITO TEMPORAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Vid. ATS, Sala 3.^a, de 12-04-2012, RC 3785/2011.

Como ya se anticipó, de conformidad con el artículo 129 de la LJCA, las medidas cautelares pueden ser solicitadas por los interesados en cualquier estado del proceso, con la única salvedad de aquellas que se soliciten en relación con una disposición de carácter general, en cuyo caso la petición ha de hacerse en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo o en el de demanda. En este último caso no es posible otro momento procesal. Además, la solicitud y adopción de las medidas cautelares pueden hacerse tanto en el proceso de instancia como en el de casación, siendo

libres los órganos judiciales respectivos de tomar la decisión que al respecto entiendan conveniente, sin que estén condicionados en modo alguno por lo que tanto la Administración Pública como el tribunal de instancia decidieron, de modo que no se puede privar al juzgador de apelación o de casación de decidir con criterio propio si se dan los requisitos legales para otorgar la medida que se solicita.

Una medida cautelar otorgada por el juzgador puede extenderse, en cuanto a su duración, hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en la ley, si bien cabe la modificación de las medidas o su revocación durante el curso del proceso si cambian las circunstancias en virtud de las cuales se hayan adoptado. La ley también dispone (*ex art. 132 de la LJCA*) que las medidas cautelares no podrán modificarse o revocarse según vaya avanzando el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y tampoco pueden modificarse o revocarse en razón de la modificación de los criterios de valoración que el juez o el tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar. En definitiva, parece claro que una medida cautelar ha de desplegar sus efectos hasta que el proceso finalice, y si la sentencia es estimatoria de la/las pretensión/pretensiones, la situación mantenida por la medida devendrá definitiva; si la sentencia es desestimatoria, la medida queda levantada y habrá que determinar los perjuicios causados para su previsible reparación.

Sobre la posible modificación o revocación de las medidas cautelares durante el proceso judicial, hay que significar que la doctrina entiende que han de referirse a la modificación de las circunstancias de hecho.

9. CONTRACAUTELAS FRENTE A LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Vid. ATS, Sala 3.^a, de 12-04-2012, RCA 154/2012; y ATS, Sala 3.^a, de 10-04-2012, RC 3785/2011.

La LJCA amplía también las contracautelas cuando el juez o tribunal ha adoptado una medida cautelar, ya que el artículo 133 dispone que si de la adopción de la medida se pueden derivar perjuicios de cualquier naturaleza, se pueden acordar las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar esos perjuicios, pudiendo exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquellos en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, de modo que la medida cautelar no se llevará a efecto, aunque fuese acordada, hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios a que se ha hecho referencia.

Esa garantía es la vía que prevé el artículo 133 de la Ley Jurisdiccional para conciliar los intereses en conflicto. En todo caso, la jurisprudencia entiende, conforme al tenor literal de la Ley Jurisdiccional, que la exigencia de garantía no se establece como un requisito genéricamente condicionante de la posibilidad de otorgamiento de la medida cautelar. En el ámbito del proceso civil, la regla general, salvo que expresamente se disponga otra cosa, es que el solicitante de la medida

cautelar ha de prestar caución suficiente para responder de manera rápida y efectiva de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado. Es decir, que no queda en manos del juez o tribunal la decisión de exigir caución o garantía que asegure los perjuicios de la medida cautelar a adoptar, sino que debe prestarse obligatoriamente.

Ahora bien, el mero ofrecimiento por la parte recurrente de una caución con la finalidad de que el Tribunal de Justicia decrete la medida cautelar de suspensión no es suficiente para la adopción de esta si no se argumenta y acredita la concurrencia de los requisitos necesarios para ello.

En el supuesto de los entes públicos, la jurisprudencia tiene asentado que ha de darse un tratamiento especial a la exigencia de caución o garantía adecuada, por cuanto el artículo 12 de la Ley 52/1997 de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, dispone que el Estado y sus organismos autónomos, así como las entidades públicas empresariales, los organismos públicos regulados por su normativa específica dependientes de ambos y los órganos constitucionales, estarán exentos de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes. En los presupuestos generales del Estado y demás instituciones públicas se consignarán créditos presupuestarios para garantizar el pronto cumplimiento, si fuere procedente, de las obligaciones no aseguradas por la exención. La redacción no deja lugar a dudas de la especialidad que implica para las Administraciones Públicas la exigencia de caución o garantía en un incidente de medidas cautelares.

Por otra parte, es criterio generalmente aceptado que si durante la vigencia de la medida cautelar adoptada se producen unos daños o perjuicios de mayor o menor intensidad de las previsiones iniciales, y se modifican o revocan las medidas cautelares en función de los distintos avances que se vayan produciendo durante el proceso, el juez o tribunal podrán ampliar o reducir la cuantía de la caución o garantía adecuada.

Por último, una vez levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la Administración, o la persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños sufridos, podrá solicitar esta ante el propio órgano jurisdiccional por el trámite de los incidentes, dentro del año siguiente a la fecha del alzamiento. Si no se formulase la solicitud dentro de dicho plazo, se renunciasse a la misma o no se acreditase el derecho, se cancelará la garantía constituida. La jurisprudencia viene considerando que si la sentencia firme desestima la pretensión, la caución o fianza ha de permanecer vigente durante un plazo de un año para posibilitar el ejercicio del derecho al resarcimiento de la Administración o de terceros interesados a ser indemnizados por los efectos lesivos producidos en su patrimonio; y transcurrido dicho plazo ha de ser cancelada la fianza, aval o garantía real.

SUPUESTOS PRÁCTICOS

En el caso del ejercicio de la potestad sancionadora, el TS ha entendido que la magnitud de la sanción es un elemento a considerar desde la perspectiva de las posibilidades reales que el sancionado tiene para obtener avales o garantías, para conseguir la suspensión del órgano jurisdiccional.