

Las medidas cautelares jurisdiccionales en materia de urbanismo

José Antonio Santandreu Montero
Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada

1. Introducción.
2. Antecedentes legislativos más significativos.
3. Las medidas cautelares en la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.
 - 3.1. Introducción.
 - 3.2. Caracteres.
 - 3.2.1. Instrumentalizada.
 - 3.2.2. Provisionalidad.
 - 3.2.3. Variabilidad y jurisdiccionalidad.
 - 3.3. Regulación legal.
 - 3.4. Perspectiva general.
 - 3.4.1. Régimen general.
 - 3.4.2. Supuestos especiales.
 - 3.4.3. Régimen especializado.
4. Comentarios más relevantes.
5. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la interpretación y el sentido de los supuestos habilitadores de la adopción de la medida cautelar.
6. Reseña jurisprudencial sobre las medidas cautelares jurisdiccionales en materia de urbanismo.

1. Introducción

Así como las relaciones en el ámbito del Derecho privado se caracterizan porque las partes se encuentran, básicamente, en un plano de igualdad, de tal manera que si una pretende la consecución de su pretensión de una manera forzosa precisa, inexcusablemente, ejercitar una acción y la obtención de una resolución judicial favorable que actúe a modo de título de ejecución para la realización de su deseo, en el marco del Derecho Administrativo no sucede así, porque en ese ordenamiento jurídico rige el denominado *principio de autotutela administrativa*, que descansa en los principios de legalidad (artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento

administrativo común, en lo sucesivo LRJPAC), ejecutividad (artículos 56 y 94) y de eficacia (artículo 103 de la CE), conforme al que la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, concentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y el Derecho, en cuya virtud la Administración puede ejecutar sus propios actos sin necesidad de que la habilite ninguna resolución judicial.

El principio de eficacia de la actuación administrativa, reflejado en el artículo 103.1 de la Constitución, es necesario para que la Administración pública pueda servir con objetividad a los intereses generales. Ese principio se concreta a nivel de la legalidad ordinaria en la presunción de validez del acto administrativo (artículo 57 de la LRJPAC), y se traduce, en cuanto a la materia objeto del presente trabajo, en la ejecutividad inmediata de tales disposiciones y actos [artículos 56 y 94 de la LRJPAC, así como el artículo 4.1.c) de la Ley de bases del régimen local, de 2 de abril de 1985, lo que constituye una característica esencial de los mismos.

Como consecuencia de la sumisión de la Administración al imperio del Derecho que caracteriza a las sociedades democráticas, el principio de autotutela ejecutiva administrativa no es absoluto o ilimitado, pues también aparece previsto en nuestra Constitución; por un lado, el principio de control jurisdiccional de la legalidad administrativa (artículo 106.1 de la CE) y, por otro, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.2 de la CE).

Aquella ejecutividad, que no puede considerarse que sea contraria a la Constitución (STC 22/1984), tiene como excepción la efectividad de la tutela judicial reclamada para la protección de derechos e intereses legítimos en el proceso administrativo. Naturalmente, tanto el control jurisdiccional de la actuación administrativa, como el referido derecho fundamental de acceso al proceso administrativo, se verían malogrados si la Administración pudiera ejecutar de una manera absolutamente libre sus actos y sus disposiciones. En tal hipotético supuesto, dicho control sería meramente simbólico o teórico, y la tutela judicial no sería efectiva al haber llegado excesivamente tarde y haberse consolidado las situaciones contempladas por el acto o disposición nula. Por tales razones, no sólo los actos y las disposiciones han de poder ser revisadas por los juzgados y tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que también esos órganos jurisdiccionales han de estar legitimados para poder suspender sus efectos o adoptar, en general, cualquier medida cautelar que pueda garantizar en un futuro la efectividad y, por ende, la ejecutoriedad de la sentencia.

Esto supone una radical distinción o diferencia entre el proceso civil –conforme al que se sustancian las diferencias entre particulares– y el proceso contencioso administrativo en el que se somete a la consideración de los órganos de ese orden jurisdiccional el juicio de revisión de la conformidad a derecho de los actos y disposiciones de la Administración. En el primero, la adopción de las medidas cautelares pretende exclusivamente el aseguramiento de la eficacia de la futura sentencia, puesto que ninguna de las partes tiene por sí misma fuerza para ejecutar sus declaraciones de voluntad sin acudir al juez; en el segundo, sin embargo, no se trata sólo, aunque siga siendo fundamental, que las medidas cautelares aseguren la futura ejecución de la sentencia, impidiendo situaciones de hecho que hagan aquélla virtualmente inaplicable, sino que también cumplen un efecto reequilibrador o compensador de la ejecutividad administrativa, pues precisamente porque el privilegio de autotutela sólo encierra una presunción de validez de la actuación administrativa (artículo 57.1 de la LRJPAC) es lógico que en muchos casos pueda aspirarse legítimamente por el ciudadano a que la interposición del recurso comporte, en tanto no se resuelve mediante sentencia, una no-ejecución del acto administrativo.

En principio, la interposición del recurso contencioso-administrativo no impide ejecutar el acto objeto del mismo, salvo cuando se solicitase y se acordase la adopción de una medida cautelar porque de ejecutarse pudiera hacer perder al recurso su finalidad legítima (artículo 130.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en lo sucesivo LJCA), que haría ilusoria la eficacia de la tutela concedida.

2. Antecedentes legislativos más significativos

A) La Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956, no establecía un concepto genérico de las medidas cautelares, sino que, artículo 122, sólo regulaba como tal la suspensión del acto administrativo recurrido.

Las características de las medidas cautelares en la LJCA de 1956 se podían resumir así:

- a) La consagración explícita de la ejecutividad del acto administrativo como regla general, considerando la suspensión como excepción a ese principio.
- b) La suspensión del acto era la única medida cautelar, si bien no usaba esa expresión.

c) La fijación para acordar la suspensión del acto administrativo de un criterio de indiscutible objetividad, como era que su ejecución pudiera ocasionar perjuicios de imposible o difícil reparación.

d) La prevalencia del interés público, que hacía que no se acordara la medida, pese a que pudieran existir los perjuicios indicados, si con ella se resentía dicho interés.

e) Garantizar, mediante diversas cauciones, los perjuicios que pudieran derivarse de esa suspensión para el interés público.

B) Regulación de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos y deberes fundamentales de la persona. Esta norma se basa en un principio distinto, pues su artículo 7, apartados 2 a 5, establecía con carácter general, sin necesidad de invocar los perjuicios del régimen general, el principio de la suspensión del acto administrativo recurrido si así se solicitaba por la parte recurrente, y sólo admitía como única excepción para su no-adopción que la suspensión pudiera irrogar perjuicios graves para el interés general.

C) Constitución española. La Constitución consolida en su texto los principios que han servido de base a la actual situación (artículos 24, 103 y 106). El Tribunal Constitucional en esta materia ha tenido la posibilidad de pronunciarse en distintas ocasiones sobre la compatibilidad o conciliación de los principios de autotutela de la Administración y el de la tutela judicial efectiva, artículo 24 de la CE. En sus sentencias número 66/1984, 115/1987 y 78/1996, de 20 de mayo, establece una doctrina que, en lo básico, podemos sintetizar en los siguientes términos:

a) El principio de ejecutividad de los actos administrativos no es incompatible con el artículo 24.1 de la CE y está constitucionalmente fundado en el artículo 103 de la CE.

b) Que el derecho a la tutela judicial efectiva reclama la existencia de una tutela cautelar, y en concreto, la posibilidad de que la ejecutividad del acto administrativo pueda someterse al control jurisdiccional, artículo 106.1 de la CE. Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

c) Que esa exigencia se impone al legislador, y opera como límite constitucionalmente necesario del establecimiento en la ley de la ejecutividad de los actos administrativos, determinando la inconstitucionalidad de las leyes que excluyan la posibilidad de la suspensión judicial del acto.

3. Las medidas cautelares en la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa

3.1. Introducción

La importancia creciente de las medidas cautelares, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, supuso la creación de un importante cuerpo de doctrina que desembocó en la nueva regulación legal de dicha cuestión. Sabido es que la regulación que preveía la ley jurisdiccional de 1956 era deficiente y se vio ampliamente superada por la necesidad de dar respuesta al imperativo mandato del artículo 24 de la Constitución española. Así, puede señalarse que las medidas cautelares forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que, obviamente, no exige en todos los casos la suspensión del acto impugnado o adopción de medida cautelar, sino sólo en aquellos supuestos en que así lo demande la exigencia de dar contenido a dicho derecho. Tanto la doctrina como la jurisprudencia avalaban la superación de la dicción literal del artículo 122, en cuanto sólo preveía la suspensión del acto impugnado.

Fue tomando cuerpo la adopción de medidas cautelares positivas y provisionales, la tramitación procesal de las piezas de suspensión, en algunos supuestos, revestía una cierta complejidad de vistas orales, prueba, etc., y, en definitiva, poca utilidad representaba la previsión legal del indicado precepto. No puede desconocerse que el motor de esta evolución radicaba en la lentitud del orden jurisdiccional, por lo que las piezas de suspensión se convierten en auténticos centros neurálgicos del conflicto planteado.

La nueva Ley de la jurisdicción, de 13 de julio de 1998, intenta recoger una más acabada regulación de esta materia, si bien el cambio es más aparente que real, pudiendo señalarse que las novedades, respecto de lo que ya se estaba haciendo en la práctica cotidiana, son menos de las que pudieran parecer inicialmente. En este sentido, la tendencia jurisprudencial era la respuesta a la pasividad del legislador que no cumplió en plazo la previsión de la disposición adicional 1.a) de la Ley orgánica del Poder Judicial. La nueva Ley actualiza la regulación de la materia, pero prácticamente se limita a dar carta de naturaleza a lo que ya era una práctica jurisprudencial constante, si bien llama poderosamente la atención la falta de la más mínima referencia normativa al *fumus*.

3.2. Caracteres

3.2.1. Instrumentalidad

No es extraño observar, cuando de la instrumentalidad de la medida cautelar se trata, que se comience haciendo alusión a Calamandrei. Para este autor, consistía en la relación de dependencia o subordinación respecto de la resolución definitiva sobre el fondo. Las resoluciones cautelares no son un fin en sí mismas, sino que están indefectiblemente preordenadas a la emanación de una resolución definitiva cuya fructuosidad práctica asegura preventivamente.

3.2.2. Provisionalidad

La provisionalidad hace referencia al carácter no definitivo de las medidas cautelares, pues éstas desaparecen, perdiendo toda su eficacia, cuando faltan los presupuestos que originaron su adopción, y en todo caso cuando finaliza el proceso principal. La nota de la provisionalidad se entiende bien si se conecta con la finalidad de las medidas cautelares; si lo que se trata de proteger y tutelar mediante la adopción de tales medidas es la efectividad de una ulterior sentencia, lógico es que las mismas tengan una vigencia limitada en el tiempo, concretamente aquella en la que dicha sentencia tarde en obtenerse.

La tutela cautelar es provisional porque es instrumental (es decir, no es definitiva porque está en función de un proceso), pero a la vez, al ser instrumental debe ser provisional (esto es, por estar en función de una resolución que la extinguirá, no puede tener carácter definitivo). La provisionalidad implica el concepto de temporalidad, pero no coincide con éste, al ser algo más restringido. Temporal es, simplemente, lo que no dura siempre, lo que independientemente del sobrevenir de otro evento tiene por sí mismo duración limitada; provisional es, por su parte, lo que está destinado a durar hasta que sobrevenga un evento sucesivo y por regla general definitivo, en vista y en atención al cual el estado de provisionalidad permanece durante ese tiempo.

3.2.3. Variabilidad y jurisdiccionalidad

No es unánime en la doctrina la consideración de la variabilidad como característica autónoma de las medidas cautelares, sino que para algunos autores es subsumida en la instrumentalidad o en la provisionalidad. Independientemente de esta disquisición doctrinal, la permanencia o

modificación de la medida cautelar en tanto perdura el proceso principal estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial.

La medida cautelar podrá ser reformada, si se producen modificaciones en el estado de los hechos respecto de los cuales la medida fue adoptada, y en el supuesto en el que no fuera otorgada cuando se solicitó, se podrá volver a pedir siempre que se haya producido un cambio de las circunstancias anteriores.

En cuanto a la jurisdiccionalidad de la medida cautelar en el proceso administrativo, hay que decir que la adopción de la medida cautelar compete funcionalmente al tribunal que esté conociendo del asunto principal, según dispone el artículo 129 de la LJCA. Sólo a los órganos jurisdiccionales puede atribuirse el juzgar y hacer ejecutar lo juzgado de conformidad con el artículo 117.3 de la Constitución.

Es preciso señalar, para evitar confusiones de cualquier tipo, que, al amparo del artículo 111 de la LRJPAC, la Administración puede suspender cautelarmente la ejecutividad de los actos objeto de impugnación administrativa. En estos casos las resoluciones cautelares, al emanar de un órgano de la Administración pública, tienen naturaleza administrativa, que en nada tiene que ver con la naturaleza jurisdiccional de la medida cautelar adoptada con apoyo en el artículo 129 de la LJCA. Además, el órgano judicial que conozca del incidente de la medida cautelar no está vinculado por la resolución de la Administración que ha concedido o denegado esa medida en el procedimiento previo.

3.3. Regulación legal

La nueva Ley regula las medidas cautelares en el título VI, capítulo II, en los siguientes términos:

Artículo 129

1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.
2. Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda.

Artículo 130

1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del

acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el juez o tribunal ponderará en forma circunstanciada.

Artículo 131

El incidente cautelar se sustanciará en pieza separada, con audiencia de la parte contraria, en un plazo que no excederá de diez días, y será resuelto por auto dentro de los cinco días siguientes. Si la Administración demandada no hubiere aún comparecido, la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada.

Artículo 132

1. Las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta ley. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado.

2. No podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y, tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el juez o tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.

Artículo 133

1. Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos.

2. La caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho. La medida cautelar acordada no se llevará a efecto 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 refiere el apartado precedente.

3. 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 ésta 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 renunciase a la misma o no se acreditase el derecho, se cancelará la garantía constituida.

Artículo 134

1. El auto que acuerde la medida se comunicará al órgano administrativo correspondiente, el cual dispondrá su inmediato cumplimiento, siendo de aplicación lo dispuesto en el capítulo IV del título IV, salvo el artículo 104.2.

2. La suspensión de la vigencia de disposiciones de carácter general será publicada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107.2. Lo mismo se observará cuando la suspensión se refiera a un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas.

Artículo 135

El juez o tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurren en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución, el juez o tribunal convocará a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes, sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.

Artículo 136

1. En los supuestos de los artículos 29 y 30, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el juez ponderará en forma circunstanciada.

2. En los supuestos del apartado anterior, las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente. En tal caso, el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. En los tres días siguientes se convocará la comparecencia a la que hace referencia el artículo anterior.

De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido.

3.4. Perspectiva general

Debe señalarse que la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998/1741) (capítulo II del título VI) está integrada por:

- d.1) un sistema general (artículos 129 a 134);
- d.2) dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), y
- d.3) un sistema con especialidad tanto en la clase de medida cautelar como en el momento en el que hay que solicitarla (artículo 129.2).

3.4.1. Régimen general

En buena medida este régimen viene presidido por dos factores: la posibilidad de que se solicite por los interesados y la facultad del órgano jurisdiccional de adoptarla si se dan los presupuestos legitimadores y no concurre –como elemento neutralizador– perturbación grave de los intereses generales o de terceros.

Características:

1) Constituye un sistema de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 de la LJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes), y las medidas pueden adoptarse respecto de los actos administrativos, ya que la suspensión de las disposiciones generales está sometida a la disciplina y al trámite del artículo 129.2 de la LJCA.

2) La razón nuclear en la que se asienta es en la existencia del *periculum in mora*. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

Este concepto de finalidad legítima ha requerido y sigue requiriendo la formación de un cuerpo de doctrina y jurisprudencia que vayan dotándole de contenido, pero en una primera aproximación no difiere esencialmente de los que se venían aplicando, como es el caso del perjuicio de reparación imposible o del *periculum in mora*. Podría afirmarse que el concepto de pérdida de finalidad legítima incluye el *periculum in mora*, de la misma forma que también incluye el perjuicio de imposible reparación.

3) Como contrapartida del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obs-

tante la concurrencia del *periculum in mora*, la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

4) Desde una perspectiva procedimental la nueva Ley apuesta decididamente por el seguimiento de un incidente contradictorio que debe desembocar en la motivación de la medida cautelar, y ello como consecuencia de la plena sujeción a la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1 exige para su adopción la previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, expresión que reitera en el artículo 130.2 *in fine*, al exigir también una ponderación en forma circunstanciada de los citados intereses generales o de tercero.

5) Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de *numerus apertus*, de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a que se pueden solicitar “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”, con la salvedad de las disposiciones generales, que sólo permiten la suspensión de los preceptos impugnados (artículos 71.2 y 129.2) si se solicita en el escrito de interposición o en el de demanda. La jurisprudencia recaída en la interpretación del régimen cautelar anterior (artículo 122 y siguientes de la LJCA de 1956), apartándose de aislados pronunciamientos iniciales, negó constante y uniformemente la posibilidad de suspensión de los actos denegatorios de autorizaciones o permisos, argumentando que, dado su contenido negativo, la referida suspensión implicaría la concesión, siquiera con carácter temporal durante la sustanciación del proceso de la licencia o permiso denegados (autos de 3 de junio y 16 de julio de 1991 –RJ/1991/4604 y RJ/1991/5846–, 24 de enero de 1994 –RJ/1994/230–, 31 de enero de 1995 –RJ/1995/259–, 15 de octubre de 1996 –RJ/1996/7737–, 2 de junio de 1997 –RJ/1997/4858–, y 27 de febrero de 1998 –RJ/1998/2889).

Sin embargo, el actual marco legal diseñado por los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/98, de 13 de julio, en lo que aquí importa, supone un cambio radical respecto al régimen previsto por el artículo 122 de la Ley de la jurisdicción de 1956, toda vez que permite la adopción de medidas cautelares *distintas* de la mera suspensión del acto, al autorizar “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”. Su exposición de motivos es bien elocuente, al afirmar que el “espectacular desarrollo de estas medidas en la jurisprudencia y práctica procesal de los últimos años ha llegado a desbordar las moderadas previsiones de la legislación

anterior”, y que “la nueva ley actualiza considerablemente la regulación de la materia, amplía los tipos de medidas cautelares posibles”, añadiendo que “la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. *La ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo*”.

Así, el Tribunal Supremo, en autos de 15 de marzo de 1999 y dos de 1 de septiembre de 1999 recaídos en los recursos seguidos bajo los números 4219/1998, 468 y 488 de 1999, como más próximos a la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, ya ha aplicado la nueva regulación admitiendo la adopción de medidas positivas.

6) Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: la solicitud podrá llevarse a cabo en cualquier estado del proceso (129.1, con la excepción del número 2 para las disposiciones generales), siempre a petición de los interesados. En este punto conviene resaltar el deber que pesa, sobre la parte que solicite la medida, de motivar en forma suficiente y, en su caso, acreditada, que concurre la circunstancia habilitante de la misma. Esta precisión no es intrascendente, desde el momento que no resulta infrecuente la petición de medida cautelar sin argumentación de ningún tipo o con una argumentación notoriamente insuficiente para valorar la procedencia de la medida extendiéndose. En cuanto a su duración, hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

7). Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar los perjuicios de cualquier naturaleza que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho (133.3).

El primer apartado recoge las llamadas medidas tuitivas, tendentes a evitar (medidas obstativas) o paliar (acelerar la adopción de medidas para minimizar) los efectos negativos que pueda acarrear la suspensión o medida cautelar adoptada. Fácilmente puede concluirse que estas medidas tuitivas serán las que exija el caso concreto, de tal forma que no puede hablarse de las procedentes con carácter general o abstracto, sino que

será en cada supuesto donde deba examinarse y decidirse lo que sea oportuno en función de las circunstancias concurrentes. Lo cierto es que, de ordinario, el interés público o de tercero perjudicado por la medida cautelar quedará protegido por la caución o garantía que se preste, lo que no impide la necesidad de acudir a las medidas tuitivas “indeterminadas y cuya concreción dependerá del caso concreto que las justifique”. Estas medidas son una facultad delimitada por la apariencia jurídica de legalidad de la actividad administrativa y los intereses en conflicto, deben ser motivadas y deben entenderse vinculadas al proceso y, por tanto, provisionales.

El segundo apartado recoge la posibilidad de exigir caución o garantía para responder de los perjuicios que puedan derivarse de la adopción de la medida cautelar. En este punto se produce un cambio importante respecto de la ley anterior. En aquella sólo se permitía que la prestación de la caución que exigiera el tribunal habría de constituirse en metálico o fondos públicos depositados en la Caja General de Depósitos o en las sucursales de provincia, o en las de las corporaciones locales o mediante aval bancario. En la actual se permite que sea en “cualquiera de las formas admitidas en Derecho”, lo que supone un cambio cualitativo y cuantitativo de importancia. En cualquier caso, la nueva regulación implica problemas prácticos, si bien debe reconocerse el carácter favorecedor de la medida que ello implica. Doctrinalmente se alude, como formas de caución, a las siguientes: metálico o aval; valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial; seguro de caución; personal, y cualquier otra personal o real. La caución o garantía, cuando se exija, se constituye como *conditio iuris* de la eficacia de la medida cautelar.

Dada la amplitud que la nueva Ley reconoce a las garantías que se pueden prestar para la obtención de la tutela cautelar, debo destacar dos aspectos que considero de interés: el primero, la posibilidad de que se pueda aceptar la aplicación de la mayor amplitud de esa regulación que hace la nueva Ley respecto de procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor, y, el segundo, algunas consideraciones sobre algunas de esas modalidades de garantía, entre ellas la hipoteca, la prenda sin desplazamiento y la fianza personal.

Sobre la posibilidad de solicitar la adopción de cualquier tipo de medidas cautelares incluso en recursos contencioso-administrativos interpuestos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, considero

que no existe impedimento para ello por cuanto, si bien es cierto que en la normativa legal previa a la vigente Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, la caución que exigiera el tribunal habría de constituirse en metálico o fondos públicos depositados en la Caja General de Depósitos o en las sucursales de provincia, o en las de las corporaciones locales o mediante aval bancario, como plasmaba el derogado artículo 124.2 de la Ley de la jurisdicción de 1956, nos encontramos cómo el artículo 133.2 de la vigente Ley de la jurisdicción ya establece que la caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho y, aunque la disposición transitoria segunda 1 de la Ley determina que los recursos contencioso-administrativos interpuestos con anterioridad a su entrada en vigor continuarán sustanciándose conforme a las normas que regían a la fecha de su iniciación, hemos de tener en cuenta que la disposición transitoria octava de la misma, en el ámbito de las medidas cautelares, va a precisar que en los procedimientos pendientes a la entrada en vigor de la Ley podrán solicitarse y acordarse las medidas cautelares previstas en el capítulo II del título VI; por ello considero que, aunque la medida cautelar ya se haya solicitado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, es de aplicación a esa pieza de medidas cautelares la previsión del artículo 133.2 vigente, lo que permite que la caución o garantía pueda constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho. En lo atinente a las diversas modalidades de garantía, a modo de reflexión hago las siguientes consideraciones:

a) Constitución de hipoteca. Ciertamente la doctrina del Tribunal Supremo, al pronunciarse sobre esa posibilidad bajo la vigencia de la Ley de la jurisdicción de 1956, era uniforme en el sentido de denegar dicha modalidad de medida cautelar. Sin embargo, la respuesta no es la misma cuando se solicita al amparo de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pues bien, el artículo 133.2 de la nueva Ley admite que la caución o garantía pueda constituirse “en cualquiera de las formas admitidas en Derecho”, por lo que no puede, ahora, excluirse la constitución de hipoteca como medio de garantizar la suspensión acordada.

Debe admitirse, pues, la posibilidad de constituir hipoteca para garantizar la medida acordada por el auto ya citado, si bien la parte deberá aportar la correspondiente certificación de cargas y valoración del inmueble a efectos de poder tramitar la solicitud formulada. De igual forma, en el escrito en que lo aporte, la parte deberá efectuar alegaciones sobre la

cuantía por la que se deba responder y de todo ello deberá darse traslado a la Administración demandada con carácter previo a resolver la cuestión.

Por tanto, el primer paso para admitirla cuando se ofrece de manera genérica es requerir a la parte para que aporte certificación de cargas y valoración del inmueble, así como sobre el importe de dicha hipoteca, de esa petición se da traslado a la Administración para que manifieste su parecer y una vez cumplimentado ese trámite, el órgano jurisdiccional resolverá.

b) Prenda. En principio, dada la especificidad de esta forma de garantía, entiendo que su procedencia como modalidad para cumplir esa función no puede quedar limitada porque en ciertos sectores del ordenamiento administrativo su normativa concreta no la contemple de manera específica. En efecto, la previsión legal de la posibilidad de constituir caución o garantía en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, no puede quedar modificada o eliminada porque en el ámbito concreto de la actuación administrativa recurrida sólo prevean como forma de garantía para suspender el procedimiento administrativo el aval suficiente o la consignación de su importe, dado que, como hemos visto, ante la precisa previsión de la LJCA de que la garantía o caución podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, ese planteamiento restrictivo o cercenador de esa forma de prestación de garantía no es hoy acogible.

Por ello, en principio, la prenda sin desplazamiento sería garantía hábil a los efectos de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa en el ámbito de las medidas cautelares, pero ello no quiere decir que deba ser siempre, y en todo caso, considerada como suficiente y adecuada a los efectos de la finalidad de la misma, esto es, garantizar la definitiva efectividad de la sentencia a dictar, y ello porque puede suscitarse en casos puntuales y concretos algunas circunstancias que pongan en cuestión que esa forma de garantía, en los términos en que se ofrece, sea suficiente a esos efectos, porque llegue a estimarse que no garantiza el cumplimiento de su finalidad por presentarse discusiones en relación con las posibles cargas... la titularidad, debiendo en este caso concreto el Tribunal sopesar si en ese caso constituye garantía suficiente, a los efectos que ahora nos ocupan, la prenda sin desplazamiento de bienes muebles ofrecida, y ello teniendo en cuenta, por un lado, el importe de la ejecución cuya paralización habría de provocar la constitución de la garantía y, por otro, estar ante elementos muebles, la mayoría de ellos que con el paso del tiempo y en relación con las previsiones de duración del proce-

so, sin duda llegarán a una situación de manifiesta minusvaloración, no pudiéndose desconocer que estamos ante un tipo de garantía en el que la solvencia y liquidez de la misma se presenta como, al menos, complicada en relación con otras posibles garantías de las admitidas en Derecho a las que se refiere el artículo 133.2; sobre todo si no se ha podido considerar acreditado que por la parte recurrente no se haya podido aportar otro tipo de garantía, siendo, en supuestos análogos, sin duda preferentes y mejor cumplidoras de la finalidad de la norma las garantías consistentes, bien en aval bancario o, en su caso, la garantía hipotecaria.

c) Fianza personal. Sí es cierto que la hoy vigente Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, aprobada por la Ley 29/1998, de 13 de julio, prevé en su artículo 133.2 que la caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, pero esto no puede llevar a que se deban considerar suficientes cualquier tipo de garantía personal, a efectos de dar validez a la contracautela exigida al acordar la medida cautelar, dado que se puede considerar inadecuada en el caso de que se haya de llevar a cabo, en su caso, la efectividad de la sentencia. Es por ello que dadas las reservas legales que la forma en que la fianza personal se puede ofrecer, quede relegada a una modalidad de medida cautelar subsidiaria, es decir, para aquellos supuestos en que se haya acreditado de manera fehaciente la imposibilidad de prestar la garantía mediante las otras modalidades más usuales y garantizadoras de la finalidad que debe perseguir su ofrecimiento, prestación y, en último lugar, su adopción.

3.4.2. Supuestos especiales

De entre sus singularidades debemos destacar en este momento que la redacción de los artículos 135 y 136 de la LJCA permite afirmar que la adopción de las medidas cautelares en los supuestos que los mismos contemplan se adoptarán de manera taxativa, si bien –como no podía ser de otra forma– condicionada en un caso a que se dé el requisito de urgente necesidad y, por otro, que la apariencia de buen derecho que a los presupuestos fácticos le reconoce el precepto –en orden a la adopción de esa medida– no se desvanezcan por resultar evidente que no concurren los elementos sustentadores y legitimadores de la medida.

a) Artículo 135. La concesión de medidas provisionalísimas supone una decisión que, aunque muy temporal, implica la suspensión del acto impugnado sin oír a la parte contraria, lo que revela la cautela con que

debe adoptarse cualquier decisión al respecto. Debe tenerse en cuenta que la decisión debe adoptarse con los datos que aporta la parte que recurre, y ello implica en muchos supuestos una deficiente configuración de los elementos a tomar en cuenta.

Se constituye como elemento caracterizador de la medida provisionalísima la concurrencia de “circunstancias de especial urgencia”, las cuales deben aparecer indiciariamente reflejadas en la petición de medida cautelar y justificadas razonablemente según las circunstancias del caso concreto. Lo cierto es que en la inmensa mayoría de las ocasiones en que se ha solicitado dicha medida, recuérdese que lo es sin oír a la parte contraria, ha sido denegada por la sala, al no apreciar la especial urgencia necesaria, fundamentalmente.

Parece claro que es obligación de los órganos de la jurisdicción la adopción de todas aquellas medidas que sean precisas para garantizar la tutela judicial efectiva, lo que incluye la adopción de medidas inauditas cuando así sea necesario, pero con el correlativo deber de que la petición de las mismas tenga cumplida justificación inicial, deber que pesa sobre la parte proponente. Debemos resaltar el dato de que la ausencia de contradicción sólo viene justificada por la imposibilidad de oír a las otras partes debido al perjuicio que se irroga con dicha demora, perjuicio que debe tener su encaje en la “pérdida de finalidad legítima” del recurso que habilita la medida cautelar. Por ello debería replantearse la previsión normativa a dicho específico supuesto, toda vez que la posible celebración de vista con cierta celeridad parece posible en casi todos los supuestos y más todavía en aquellos en que el interés público en la ejecución del acto impugnado sea patente o tenga alguna relevancia.

La medida provisionalísima deberá solicitarse una vez interpuesto el recurso, salvo en los supuestos de los artículos 29 y 30, en que, conforme al artículo 136.2, podrá solicitarse antes de la interposición del recurso. Si se adopta la medida, deberá pedirse su ratificación, dentro de los diez días siguientes a la notificación, junto con la interposición del recurso, teniendo lugar la comparecencia a que se refiere el artículo 135. Si no se interpusiere el recurso solicitando la ratificación de la medida, quedará automáticamente sin efecto lo acordado.

b) Artículo 136. Este precepto tiene su encaje en las previsiones de los artículos 29 y 30 de la Ley, es decir, representa una vía privilegiada de suspensión para los supuestos de inactividad de la Administración, no-ejecución de actos firmes y vía de hecho.

En efecto, el artículo 29.1 regula el supuesto de que la Administración, en virtud de una disposición general que no precisa de acto de aplicación, o de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tienen derecho a reclamar de la Administración el cumplimiento de esa obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación la Administración no hubiere dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiere llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso contra la inactividad de la Administración.

El artículo 29.2 dispone que cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado del artículo 78.

El artículo 30, por su parte, expresa que en caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no se efectuara o no fuera atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso administrativo. Por vía de hecho se entiende la actuación de la Administración que carezca de título habilitador (*manque droit*) o que, teniéndolo, prescinda de manera absoluta del procedimiento (*manque procedure*).

Dados los supuestos materiales a que se refiere, se entiende que el legislador haya optado por otorgar la suspensión, como principio de partida y sólo considerarla improcedente cuando se aprecie “con evidencia” que no se dan las situaciones que prevén los indicados preceptos o se produzca una perturbación grave de los intereses generales o de tercero. Si el precepto se hubiera limitado a prever la excepción en la adopción de la medida sólo cuando aparezca con evidencia que no se dan las situaciones que prevén los artículos 29 y 30, estaríamos ante un amplio apoderamiento en la adopción de la medida (que no es facultativa del tribunal, sino que “se adoptará”). Pero se añaden también los mismos condicionantes, a que se refiere el artículo 130, que justificarían su denegación, es decir, la grave perturbación de los intereses generales o de tercero, lo que hace que la previsión del presente artículo sea menos generalizada que la que, inicialmente, podría parecer, toda vez que no será difícil entrever la existencia de un interés general que matice el automatismo en la adopción de la medida. Son, pues, límites legales que impiden la adopción de

la medida: que notoriamente no concurren las situaciones de inactividad y de incumplimiento de los actos firmes descritas en el artículo 29 de la Ley, ni la vía de hecho del artículo 30, y que, aun dándose, se ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

El precepto incluye también la novedad de que la medida puede solicitarse y acordarse antes de la interposición del recurso, con el trámite privilegiado del artículo 135, referido a las medidas provisionalísimas y con la obligación de que la parte deberá pedir su ratificación al interponer el recurso. Por tanto, son tres las vías que se abren para pedir medida cautelar en los supuestos de los artículos 29 y 30: la petición cautelar ordinaria junto con la demanda o después; la petición de medida provisionalísima, y la petición de medida antes de interponer la demanda.

3.4.3. Régimen especializado

Es el que regula el número 2 del artículo 129 de la LJCA, y se hace acreedor a esa denominación, básicamente, por tres razones: la primera, que disciplina el régimen de las medidas cautelares que se pueden solicitar respecto de las disposiciones generales; la segunda, que entre todas las medidas cautelares innominadas que el artículo 129.1 expresamente admite que se puedan solicitar, el número 2 del meritado precepto sólo contempla la medida cautelar de la suspensión de las disposiciones generales, y de los preceptos impugnados (artículos 71.2 y 129.2), y, la tercera, que sólo se puede solicitar en dos momentos: en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo o en el escrito de demanda y que debe ser publicado, así como que cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 de la LJCA).

4. Comentarios más relevantes

Primero. De las afirmaciones que caracterizan el nuevo sistema de medidas cautelares establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998/1741), debemos destacar, ahora, dos aspectos: en primer término, sin ninguna duda, debe destacarse la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal del denominado *periculum in mora* como fundamento de las innominadas medidas cautelares; 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 e imposibilitan-

do el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso.

En relación con el citado aspecto, así lo ha destacado la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la Ley 29/1998. En los ATS de 22 de marzo (RJ 2000/3218) y 31 de octubre de 2000 (RJ 2000/9884) se señala que esta sala ya ha declarado de manera reiterada, en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del *periculum in mora*; resoluciones que señalan que el mismo opera como criterio decisor de la suspensión cautelar. Por su parte, los ATS de 2 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9741) y 5 de febrero (RJ 2001/1398), 21 de marzo (RJ 2001/5914) y 25 de junio de 2001 (RJ 2001/5801) exponen que en el nuevo régimen de medidas cautelares, ya no sólo limitado a la suspensión, instaurado por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, partiendo de aquel principio general –no otro sentido puede tener el adverbio *únicamente* del artículo 130.1–, se permite al órgano jurisdiccional, en sus artículos 129 y 130, la adopción de las medidas cautelares teniendo en cuenta una doble referencia: valorando no sólo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también si con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el juez o tribunal ponderará de forma circunstanciada.

La irreparabilidad o dificultad en la reparación del daño no es sinónimo de irresarcibilidad, sino de irreversibilidad. Lo que hace al daño de difícil o imposible reparación es que no pueda restituirse el bien jurídico lesionado íntegramente, no que no pueda resarcirse con el pago de una cantidad. La Administración siempre podrá pagar, pero reparar, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, no es pagar o resarcir, sino dejar indemne. Por eso, hasta la propia exposición de motivos de la Ley de 1956 especificaba que “respecto a la dificultad de reparación no cabe excluirla sin más por la circunstancia que podría derivarse de que la ejecución sea valorable económicamente”. Incluso en los casos en los que el daño causado es de naturaleza exclusivamente económica, el Tribunal Supremo tiene dicho que “la reparabilidad del daño no debe contemplarse exclusivamente desde la perspectiva de la Administración a los efectos de devol-

ver lo ya ingresado [...], sino también desde la vertiente del patrimonio del administrado que con esa ejecución puede ponerse en situación de inestabilidad tal que haga imposible su recuperación” (STS de 6 de mayo de 1996, R. 4.151).

Segundo. Como contrapartida, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. Aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, 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; y 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 exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

Tercero. Es evidente que la nueva redacción no prescinde del *periculum in mora* por cuanto el *periculum* está inmerso en la pérdida de finalidad legítima del recurso, es decir, se prevé expresamente dentro de dicho concepto, mas se podría afirmar lo mismo del *fumus bonus iuris*, toda vez que será el instrumento imprescindible, en determinados supuestos, de la decisión cautelar, pues si la ilegalidad del acto o disposición son evidentes y ostensibles, “la finalidad legítima a que se hace referencia puede ser perjudicada si se mantiene el privilegio de ejecutividad”. Además, el *fumus* está presente cuando el artículo 136 prevé la denegación de la medida si se aprecia con evidencia que no concurren esas circunstancias. Es por ello que he de concluir que debe estar presente como factor a sopesar en el momento de resolver sobre la procedencia de la adopción de la medida cautelar el denominado *fumus bonus iuris* o apariencia de buen Derecho de la pretensión cautelar. Siempre que se den los siguientes requisitos: 1) apariencia de buen Derecho (*fumus*), no desvirtuada suficientemente por la Administración; 2) urgencia en la adopción de la medida cautelar, que sea inexcusable para garantizar la tutela judicial efectiva, y 3) imposibilidad de prejuzgar, anticipar o decidir directa o indirectamente el fondo de la cuestión.

Su proyección tiene gran importancia –entre otros– en dos casos:

a) El problema no surge cuando no concurre el motivo de denegación, pues en este caso la adopción de la medida será procedente –si concurre

la pérdida de la finalidad legítima del recurso—, sino cuando sí concurre, pues ambos extremos a valorar se concitan y la ley no delimita a favor de cuál debe inclinarse la decisión. En estos casos, en que concurre motivo de adopción y de denegación, será cuando deba acudir a otros criterios que sirvan para inclinar al juez o tribunal en favor o en contra de la medida. Así, recobra de nuevo virtualidad el criterio del *fumus* o de otros que eran ya aplicados en la práctica. En este sentido, ya se manifestaban algunos autores al comentar la nueva ley antes de su entrada en vigor, sosteniendo que, dada la similitud de los artículos 129 y 130 de la LJCA y 56.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia comunitaria y el contenido de la exposición de motivos, se obtiene la conclusión de que el criterio del *fumus* “a pesar de su formal ausencia en el texto legal, no puede desterrarse totalmente del sistema”. Para algunos autores, el *fumus* forma parte de los presupuestos para adopción de la medida cautelar, junto con el *periculum in mora* y la caución o garantía. Para ello se afirma que “no parece que sea razonable conceder la medida de que se trate cuando la pretensión ejercitada no aparezca provista de cierto fundamento, si bien debe examinarse con extrema cautela, intentando evitar el examen de fondo. Para otros autores, el *fumus* es un elemento característico de la tutela cautelar, al estar en su propia definición, por lo que no puede ser marginado en la toma de decisión.

b) Hay situaciones de difícil resolución a nivel dialéctico, como es el caso de aquellos supuestos en que no existe realmente la posibilidad de que la ejecución del acto haga perder al recurso su finalidad legítima, aunque sí una circunstancia cualificada sobre la prosperabilidad del recurso. Éste es el caso de Derecho civil, en que un juzgado de ese orden jurisdiccional dicta sentencia firme en la que declara el derecho de propiedad que sobre una determinada porción de terreno le corresponde al solicitante de una licencia, cuando el acto de la Administración ordena la suspensión de dicha obra y la demolición parcial de lo que se estaba construyendo sobre ese espacio por entender que era de dominio público. El problema se ciñe a determinar si, por ejemplo, declarada la inexistencia de la condición de titularidad pública de la porción de terreno en virtud de sentencia firme del juzgado de lo civil —que se erigió en la razón para la denegación de la licencia— procede la adopción de la medida cautelar para dejar en suspenso la ejecución de la orden de suspensión de la obra y de la demolición parcial de la misma. En estos supuestos la sentencia de la sala —con toda probabilidad— será estimatoria del recurso, e incluso no

sería aventurada la posibilidad de imposición de las costas si se opone la Administración. ¿Debe otorgarse la medida cautelar? Me atrevo a mostrar mi opinión favorable a la suspensión sin fianza. Por un lado, ya hemos resaltado que el *fumus* sigue teniendo su encaje dentro de la justicia cautelar y, en este caso, se trata de un *fumus* cualificado por la cuasi-certeza del resultado final del proceso. El interés general también avalaría igual tesis, en cuanto éste debería consistir en el cabal cumplimiento de la sentencia firme. Por último, la tutela efectiva del recurrente también abonaría la tesis suspensiva.

5. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la interpretación y el sentido de los supuestos habilitadores de la adopción de la medida cautelar

Como ha señalado el Tribunal Supremo en su STS de 18 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8180), la finalidad legítima del recurso es, no sólo, 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.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las 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.

De ahí, también, que no quepa entender vedada, en esa valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen Derecho, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen.

El problema no surge cuando no concurre el motivo de denegación, pues en este caso la adopción de la medida será procedente –dado que se da el presupuesto de la pérdida de finalidad legítima–, sino cuando sí concurre, pues ambos extremos a valorar concurren y la ley no delimita a favor de cuál debe inclinarse la decisión. En estos casos, en que concurre

motivo de adopción y de denegación, será cuando deba acudir a otros criterios que sirvan para inclinar al juez o tribunal en favor o en contra de la medida. Así, recobra de nuevo virtualidad el criterio del *fumus* o de otros que eran ya aplicados en la práctica. En este sentido ya se manifestaban algunos autores al comentar la nueva Ley antes de su entrada en vigor, sosteniendo que, dada la similitud de los artículos 129 y 130 de la LJCA y 56.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia comunitaria y el contenido de la exposición de motivos, se obtiene la conclusión de que el criterio del *fumus* “a pesar de su formal ausencia en el texto legal, no puede desterrarse totalmente del sistema”. Para algunos autores, el *fumus* forma parte de los presupuestos para adopción de la medida cautelar, junto con el *periculum in mora* y la caución o garantía. Para ello se afirma que “no parece que sea razonable conceder la medida de que se trate cuando la pretensión ejercitada no aparezca provista de cierto fundamento, si bien debe examinarse con extrema cautela, intentando evitar el examen de fondo. Para otros autores, el *fumus* es un elemento característico de la tutela cautelar, al estar en su propia definición, por lo que no puede ser marginado en la toma de decisión.

Por lo demás, el marco legal diseñado por los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, se sustenta en los mismos fundamentos que dieron lugar a la reinterpretación del artículo 122 de la Ley de la jurisdicción de 1956, siendo criterio fundamental el peligro en la demora del proceso, representado por la causación de daños o perjuicios de reparación imposible o difícil que hagan perder su finalidad al recurso. Este daño –*periculum in mora*–, debidamente ponderado con los intereses públicos y de terceros que demanden la ejecución del acto, ha de resultar prevalente. En auxilio de dicho juicio ponderativo cabe acudir a la apariencia de buen derecho –*fumus boni iuris*– que exige otorgar la tutela cautelar a quien litiga aparentemente con razón.

Con anterioridad y aún bajo la vigencia del artículo 122 de la LJCA, de 26 de diciembre de 1956, se había desarrollado en los tribunales de este orden jurisdiccional la doctrina que veía en el llamado *fumus boni iuris* uno de los presupuestos que justificaban la suspensión de la ejecución del acto recurrido, pero el estado de desarrollo de la cuestión inmediata anterior al nuevo texto procesal puede resumirse en una, vacilante en los matices, doctrina jurisprudencial, cuyos orientaciones fundamentales serían los siguientes:

1. Una tendencia que, como se recoge en los ATS de 21 de julio, 14 de noviembre y 1 y 9 de diciembre de 1997 (Aranzadi 5986, 8360, 9078 y 9070), sin ruptura radical con el mismo, va recortando cada vez más el alcance de dicho principio, en tanto “entraña por sí mismo un examen sobre el fondo del asunto que no es susceptible de ser tratado, por lo general, en una pieza de suspensión, salvo en aquellos casos excepcionales en que sea ostensible la prosperabilidad de la demanda”, o que se trate de “nulidad absolutamente patente, manifiesta y evidente a todas luces”.

2. Una línea jurisprudencial que pone el acento en la interdependencia de dicho presupuesto con el *periculum in mora*, destacando que dicho criterio “no puede aplicarse con independencia del requisito que sigue siendo fundamental para acordar la suspensión y que es, de acuerdo con el artículo 122 de la Ley jurisdiccional, el que la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil” [ATS de 22 de octubre ó 1 de diciembre de 1997 (Aranzadi 7446 y 8910), y STS de 1 de diciembre de 1997, fundamento jurídico quinto (Aranzadi 11611)].

3. Una tercera línea –a nuestro juicio, mucho más acorde con la naciente regulación legal de las medidas cautelares– que propende a encajar en el proceso contencioso-administrativo la operatividad de tal elemento o presupuesto cautelar dentro de límites muy precisos, y bajo la contemplación de su papel subalterno en el juicio cautelar, de modo que, como destaca el ATS de 8 de julio de 1997 (Aranzadi 5832), la institución cautelar en este tipo de proceso, “no tiene por finalidad propia y directa la de tutelar provisionalmente la situación o posición jurídica de la parte que aparentemente litiga con razón, sino preservar el derecho a la tutela judicial efectiva al final del proceso”, diferenciando así medida cautelar de proceso sumario, y añade que, “determina que sea aquél –el *periculum in mora*–, el primer y básico presupuesto para la adopción de la medida cautelar”, concluyendo en que, “ésta sólo deviene necesaria [...], cuando el citado derecho (tutela judicial efectiva) está en riesgo, o lo que es igual, cuando existe urgencia en preservarlo”. De este modo, y como la toma en consideración de intereses contrapuestos puede llevar a detectar situaciones en que no quepa, o sea muy difícil preservar el efecto útil de cualquiera de las posibles sentencias con que haya de culminar el proceso, la aplicación de aquel precepto, reinterpretado desde las exigencias constitucionales, no excluye la toma en consideración del criterio de la apariencia del buen derecho –*fumus boni iuris*–. En similar sentido, la STS de 27 de octubre de 1997 (Aranzadi 10595).

Segundo. Una primera consecuencia de que el proceso cautelar no tienda a tutelar inmediata y provisionalmente derechos *prima facie* justificados como si de un proceso interdictal se tratase, es que cuanto se refiera al examen y enjuiciamiento de las alegaciones y motivos en que la parte quiera fundar la circunstancia de encontrarse *in bonis*, no puede afectar al derecho a la tutela judicial efectiva, pues consistiendo en general tal derecho en el acceso a la jurisdicción y en que se dé una respuesta motivada, razonable y coherente, “acorde con el significado de la medida cautelar de suspensión” –STS de 27 de octubre de 1997–, la doctrina constitucional, en un conjunto de sentencias como la 66/1984, 238/1992 ó 148/1993, de 29 de abril, ha establecido 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, implican la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o prejuzgan irreparablemente la decisión final del proceso –STC 237/91–, y, en fin, que el derecho a la tutela se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un tribunal y que éste, con la información y contradicción que sea menester, resuelva sobre la suspensión”. En similar sentido, la STC 78/1996, de 20 de mayo.

6. Reseña jurisprudencial sobre las medidas cautelares jurisdiccionales en materia de urbanismo

1. Si, como ya se ha observado, la valoración objetiva, no meramente subjetiva, y circunstanciada de todos los elementos determinantes del proceso es fundamental en la adopción de las medidas cautelares, esto se pone de relieve de una manera más gráfica si descendemos de los principios generales a los sectores concretos del ordenamiento. En el ámbito urbanístico, cabe distinguir tres ramas fundamentales: el planeamiento, la gestión y la disciplina urbanística. En cada una de ellas, las medidas cautelares tienen una problemática distinta.

A) En cuanto se refiere al *planeamiento urbanístico*, la jurisprudencia tradicional ha sido sumamente restrictiva y podría resumirse del modo siguiente: siendo los planes urbanísticos normas jurídicas, no cabe la suspensión porque frente a la posible irreparabilidad de los daños (siempre matizada por el principio de responsabilidad de la Administración) se opone el interés general en la vigencia de una norma que va destinada a sujetos indeterminados.

En la jurisprudencia, en materia de la adopción de las medidas cautelares cuando se formula respecto de los instrumentos de planeamiento, se aprecia muchas veces una invocación formularia del interés general representado por el instrumento de planeamiento sin entrar en un verdadero examen de las razones opuestas por el recurrente. Es evidente que en los casos de impugnaciones de planes generales o de algunas de sus determinaciones específicas, el único criterio verdaderamente determinante, salvo excepciones, porque se trate de normas muy específicas, es la apariencia de buen derecho. Aisladamente aparece en algunos autos del Tribunal Supremo. Así por ejemplo, ATS de 7 de septiembre de 1991, Aranzadi 6815; 9 de febrero de 1993, Aranzadi 527. En estos casos, de manera expresa o implícita está en juego la apariencia de buen derecho, aunque la interpretación mayoritaria sea muy restrictiva, reduciendo las suspensiones a casos en los que manifiestamente aparece la ilegalidad.

Es elocuente la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2005 (RJ 2005/8258), que en su fundamento de derecho sexto expone, por otra parte, en el conflicto de intereses que se suscitan –autonómicos, municipales y particulares de futuro– la sala de instancia se inclina por los de la Administración que con su decisión ha concluido el procedimiento tramitado (esto es, que definitivamente ultima la configuración de la decisión administrativa que pone fin al procedimiento), señalando al respecto como ya hemos expresado, que la resolución combatida integra un instrumento normativo que determina la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias del municipio, defendiendo la validez de aquella en base a la naturaleza de la misma y a la prevalencia del interés público que defiende al tiempo que tutela la explotación minera que, al parecer, se desarrolla en la zona.

En la citada sentencia se remite a la de 9 de marzo de 2003 (RJ 2003/3400) en los siguientes términos: “Es doctrina de este Tribunal Supremo la de que el interés público urbanístico que por principio encarna en los correspondientes planes y normas exige su ejecución y que, por ello mismo, no es posible su suspensión cautelar sino excepcionalmente, sin que a tal interés público puedan oponérsele los meros intereses privados económicos. De no ser así, y si se generaliza la suspensión de los instrumentos urbanísticos (que van fundamentalmente encaminados a la creación de suelo con destino a la satisfacción de necesidades primarias), se correría el riesgo de una obstrucción generalizada a las actuaciones urbanísticas de las administraciones públicas.”

Sin embargo, pese a esa proclamación, lo cierto es que en diversas resoluciones, si bien en base a las circunstancias específicas concurrentes en cada caso, así en el auto del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6815), al pronunciarse sobre la suspensión de la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias de planeamiento por silencio administrativo positivo, afirma, basta para justificar la suspensión de la ejecutoriedad del acuerdo municipal de que se trata (acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Cubas de la Sagra, de 14 de septiembre de 1989, entendiéndose aprobadas definitivamente, por silencio administrativo positivo, las Normas Subsidiarias de planeamiento de dicho municipio) el haber comprobado la precipitación con que dicha corporación consideró producido un efecto tan importante como es el de la aprobación de unas normas de esta naturaleza, por el simple silencio del órgano llamado a aprobarlas definitivamente, cuando ello requiere el transcurso de un plazo de seis meses, conforme a lo dispuesto en el artículo 41.2 de la Ley del suelo (RCL 1976/1192 y ApNDL 1975-85, 13889), artículo 133.1 del Reglamento de planeamiento (RCL 1978/1965 y ApNDL 1975-85, 13921) en relación con el artículo 95 de la Ley de procedimiento administrativo (RCL 1958/1258, 1469, 1504; RCL 1959/585 y NDL 24708), y cuando en este caso a ese plazo le faltaba mucho por consumarse, ya que la Consejería de Política Territorial de la Comunidad de Madrid se vio obligada a requerir al Ayuntamiento, el 13 de abril de 1989, para que le remitiese la documentación completa del expediente instruido al efecto, documentación que no tuvo entrada en el Registro de dicha comisaría hasta el 20 de junio del mismo año. Y sin que en ningún momento entrara en el ánimo del órgano autonómico de la Comunidad la aprobación de las repetidas Normas Subsidiarias, como lo evidencia el informe desfavorable del técnico de la Consejería de 30 de octubre del mismo año 1989. Por otra parte, cualquier duda que pudiera surgir a este respecto no debe resolverse a favor del silencio positivo, del que se ha valido el Ayuntamiento para motivar el acuerdo que nos ocupa; puesto que el silencio positivo es una modalidad de la institución, de aplicación como excepción a la regla general del silencio negativo, como se desprende de lo establecido en dicho artículo 95 de la Ley de procedimiento administrativo, y aún con más rotundidad de lo dispuesto en el artículo 178.3 de la Ley del suelo, si bien el mismo se refiere al tema de las licencias. Como hemos dicho al inicio de estos fundamentos jurídicos, basta con el motivo analizado, para justificar la suspensión de la ejecución del acuerdo municipal de que se trata, al repre-

sentar el mismo una infracción grave del Ordenamiento jurídico, que ha legitimado a la Comunidad de Madrid, para emprender la acción deducida en estas actuaciones, conforme a lo previsto en el artículo 65.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985/799, 1372 y ApNDL 1975-85, 205), de bases del régimen jurídico de la Administración local, en relación con el artículo 215.5 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales, de 28 de noviembre de 1986 (RCL 1986/3812 y RCL 1987/76).

En similar sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de enero de 2003 (RJ 2003/804), sobre la suspensión de una modificación de planeamiento en virtud de la apariencia de buen derecho, porque existe una resolución judicial que anulaba el planeamiento originario, tras exponer que la Comunidad Autónoma de Canarias interpone recurso de casación contra el auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Las Palmas de Gran Canaria del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 29 de noviembre de 1999, que acordó la suspensión de la ejecutividad de la Orden de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente del Gobierno de Canarias de 5 de julio de 1999, que aprobó la modificación puntual núm. 4 del Plan Insular de Ordenación del Territorio de Gran Canaria, en el ámbito de Costa Taurito, declara:

La sala de instancia, aun reconociendo que este Tribunal se ha pronunciado con carácter general en contra de la suspensión de la ejecutividad de los instrumentos de planeamiento, adopta dicha medida ponderando no sólo los intereses en conflicto sino la apariencia de buen derecho que acompaña a la parte recurrente, habida cuenta que la propia sala de instancia había anulado, por sentencia de 8 de enero de 1998, el Plan Insular de Ordenación del Territorio de Gran Canaria del que el acuerdo suspendido es una simple modificación. Ésta es la verdadera razón de decidir de la sala de instancia que no es adecuadamente combatida en este recurso de casación en el que se opone un único motivo. En él se comienza errando en la cita de los preceptos y jurisprudencia que se consideran infringidos por el Tribunal *a quo*, pues en cuanto a los primeros se hace una cita genérica de preceptos legales –pues se alude a todos los que regulan las medidas cautelares, 129, 130 y siguientes LJCA (RCL 1998/1741)– y se menciona el artículo 154.3 del Reglamento de planeamiento (RCL 1978/1965), que nada tiene que ver con el caso, y continúa con una argumentación que se limita a reproducir el contenido del recurso de súplica formulado contra el auto de 29 de noviembre de 1999. La sala de instancia anuló el PIOT

de Gran Canaria del que el acuerdo que ahora nos ocupa es considerado por la propia Administración recurrente como una modificación, y esa sentencia anulatoria ha adquirido firmeza al haber desestimado esta sala, por sentencia de 6 de mayo de 2002, el recurso de casación que se había interpuesto contra ella, y éste es un dato que corrobora el buen criterio de la sala de instancia al suspender la ejecutividad de un acto que, en principio, parece no contar con la suficiente cobertura. Por lo expuesto hemos de desestimar el presente recurso.

Sobre la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales sopesen la apariencia de buen derecho dentro de los criterios que han de presidir la adopción de las medidas cautelares, bueno será recordar que el Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de febrero de 2004 (RJ 2005/5663), expone:

Como hemos señalado en nuestra reciente STS de 18 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8180), la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las 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. De ahí, también, que no quepa entender vedada, en esa valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen.

La sala de instancia ha contemplado en su valoración ambos criterios (*periculum in mora* y *fumus boni iuris*), señalando, como conclusión, lo ya expuesto con anterioridad:

a) Que la ejecución del acuerdo recurrido podría poner en entredicho la finalidad del recurso, al esquivarse la tutela de la entidad autonómica, poniendo en peligro, ante la falta de control, los fundamentales valores cuya vigilancia le encomienda nuestro ordenamiento jurídico, y

b) Que, en principio y sin prejuzgar el fondo del asunto, existe una apariencia de mejor derecho en la solicitud realizada por la comunidad autónoma.

Debe también destacarse cómo la sala de instancia, en otros supuestos, ha efectuado una valoración –inicial– del fondo de este tipo de litigios en sentido inverso al que ahora lo realiza; así en el recurso contencioso-administrativo 1360/2000, seguido ante la misma sala y sección, se señaló que en el caso presente, en principio, y sin ánimo de prejuzgar, en el

expediente se parte de que la presente modificación corresponde por su naturaleza y alcance al nivel de planeamiento de desarrollo del Plan General (N-2), lo que puesto en relación con el artículo 45.1 de la Ley 9/1995 citada, podría otorgar potestad al Ayuntamiento para aprobar la modificación impugnada, sin ser precisa en todo caso la ulterior aprobación de la Comunidad de Madrid [...], decisión –de denegación de la medida cautelar de suspensión– que fue confirmada por esta sala en el auto de 18 de noviembre de 2003 (recurso de casación 5735/2001 [RJ 2003/8180]).

Se trata, sin embargo, de supuestos distintos, y, aunque la sala de instancia es cierto que no especifica, en el presente caso, detalladamente, los argumentos que le mueven a percibir la apariencia de buen derecho en la necesidad de intervención de la Administración autonómica en el proceso aprobatorio de la modificación, debe, no obstante, destacarse que en el de autos la modificación afecta al régimen de usos autorizables dentro del área de planeamiento específico del centro histórico. Sin embargo, con facilidad se desprende que la sala de instancia, en este caso, se inclina por impedir el desarrollo urbanístico del área afectada hasta el momento en que resuelva sobre la exigencia legal, o no, de la intervención autonómica en el proceso aprobatorio.

El tratarse, en este supuesto, como se ha expresado, de una modificación puntual, que afecta, en concreto, a los usos autorizables, en el centro histórico de la ciudad, es lo que ha determinado la interpretación del expresado criterio del *periculum in mora* en el sentido en que ha sido realizado por la sala de instancia, pues, la no-adopción de la medida cautelar de suspensión hubiera determinado la implantación de nuevos usos en el centro histórico por la sola decisión municipal y sin intervención autonómica, perdiéndose así la finalidad del recurso; procedimiento aprobatorio que, por otra parte, no ha contado –para el presente y específico supuesto– con apariencia de legalidad de entidad suficiente para fundamentar la denegación de la medida cautelar suspensiva.

El Tribunal Supremo ha perfilado la apariencia de buen derecho como criterio que sirve para la adopción de la resolución solicitada respecto de la medida cautelar, y en sentencia de 15 de marzo de 2005 (RJ 2005/2950), al ponderar la naturaleza y la esencia de ese factor lo acota de la siguiente manera:

La razón de ser de la justicia cautelar, en el proceso en general, se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre

re hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso o, como dice expresivamente el artículo 129 de la LJCA (RCL 1998/1741), “asegurar la efectividad de la sentencia”. Por ello el *periculum in mora* forma parte de la esencia de la medida cautelar y el artículo 130 de la LJCA especifica como uno de los supuestos en que procede la adopción de ésta aquel en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. En definitiva, con la medida cautelar se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil.

Como señala la STC 218/1994 (RTC 1994/218), la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia. Pero, además, en el proceso administrativo la justicia 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 (RCL 1978/2836) (los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican), así como también los artículos 82.6 y 153.c) de la CE.

Entre otros muchos aspectos de la jurisdicción y del proceso contencioso-administrativo que experimentaron el influjo directo de la Constitución se encuentra el relativo a las medidas cautelares, a través de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el artículo 24.1 de dicha norma fundamental, de tal manera que la suspensión cautelar de la ejecutividad del acto administrativo o la suspensión de la vigencia de la disposición reglamentaria deja de tener carácter excepcional y se convierte en instrumento de la tutela judicial ordinaria. De esta forma, sin producirse una modificación formal del artículo 122 de la Ley de la jurisdicción de 1956 (RCL 1956/1890), cristaliza una evolución jurisprudencial que acoge la doctrina del llamado *fumus bonis iuris* o apa-

riencia del buen derecho en la que resulta obligada la cita del ATS de 20 de diciembre de 1990 (RJ 1990/10558). Esta resolución proclama lo que llama derecho a la tutela cautelar, inserto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo que, visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial). Y esta fuerza expansiva del artículo 24.1 de la CE viene también impuesta por el principio de Derecho comunitario europeo recogido en la sentencia Factor-tame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 19 de junio de 1990 (TJCE 1991/12), principio que hace suyo nuestro Tribunal Supremo 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. El propio auto advierte que ello supone una nueva forma de entender el artículo 122 de la Ley de la jurisdicción derogada: el derecho a una tutela cautelar cuando se aprecia la existencia de una apariencia de buen derecho se hace manifiesto, y lo que era principio latente se hace patente a todos. La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LJCA (RCL 1998/1741) y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional. Criterios que, según la jurisprudencia de esta sala (cfr. STS de 15 de septiembre [RJ 2003/6474], 10 de noviembre [RJ 2003/9025] y 4 de diciembre de 2003 [RJ 2003/9139]), pueden resumirse en los siguientes puntos:

a) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 (RTC 1993/148), el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitado en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal (cfr. ATS de 20 de mayo de 1993 [RJ 1993/3957]).

b) El *periculum in mora* constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso no se agota en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con

abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. No obstante, se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los tribunales.

c) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar: la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado que la ejecución del acto impugnado hace perder al recurso contencioso-administrativo su finalidad legítima. El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar que las consecuencias de dicha ejecución, en el caso concreto de que se trata, privan de su verdadera función al proceso, sin que baste una mera invocación genérica.

d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego. Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia, 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, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto (ATS 3 de junio de 1997 [RJ 1997/5049], entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina 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.

La Ley de la jurisdicción de 1956 (RCL 1956/1890) no hacía expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris*, como tampoco lo hace la vigente

LJCA (RCL 1998/1741), cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LECiv/2000 (RCL 2000/34, 962 y RCL 2001, 1892) que sí alude a este criterio en el artículo 728. No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, ATS de 14 de abril de 1997 [R] 1997/2852); de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general 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), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución (RCL 1978/2836), cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (ATS de 22 de noviembre de 1993 [R] 1993/8943) y 7 de noviembre de 1995 [R] 1995/8134) y STS de 14 de enero de 1997 [R] 1997/129], entre otros). La adecuada proyección de los principios expuestos a los autos dictados en instancia que se revisan en el presente recurso de casación no permiten acoger los motivos en que éste se fundamenta por las razones que a continuación se exponen: [...] c) En el cuarto y último de los motivos se invoca la doctrina de la apariencia del buen derecho, señalándose que la jurisprudencia de esta Sala exige, para que proceda la recuperación de oficio ejercida por las Corporaciones Locales sobre determinados bienes, acreditar: 1) el uso público inveterado de los bienes de que se trate; y 2) la perturbación reciente de dicho uso público. Y, en el presente caso, no existe *prima facie* ningún elemento fáctico ni jurídico que determine la prueba completa y acabada que se exige sobre dichos extremos.

Ahora bien, el tribunal *a quo*, en los autos recurridos, ya señala que la condición del camino está sometida ahora a la consideración del fondo del asunto. Y ya hemos adelantado el ámbito en el que la más reciente jurisprudencia (STS de 16 de septiembre de 2003 [R] 2003/6988] y las en ella citadas) hace aplicación decisiva de la doctrina del *fumus bonis iuris*: actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, 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. Y resulta claro que ninguno de dichos supuestos es el que se nos ofrece en la argumentación del motivo, que más bien se refiere a una apreciación anticipada de la prueba referida a la acreditación de los elementos fácticos a que se condiciona la procedencia de la recuperación de oficio por un ayuntamiento de un determinado terreno.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2005 (RJ 2005/9083) también se pondera la apariencia de buen derecho en orden a la adopción de la medida cautelar. El alto tribunal en el recurso de casación expone que:

El citado recurso fue interpuesto por el Ayuntamiento de Almuñécar contra el acta de adscripción de la Comunidad Autónoma de Andalucía de los terrenos de dominio público ocupados por las obras correspondientes al Proyecto de Ampliación de la Zona Sur del Puerto Deportivo Punta de la Mona, TM de Almuñécar (Granada). La mencionada acta había sido suscrita entre el Servicio Provincial de Costas de Granada y la Empresa Pública de Puertos de Andalucía, adscribiéndose a la comunidad autónoma terrenos calificados como de uso público por el PGOU, que incluyen el aparcamiento público y parte del vial 111 del PGOU de Almuñécar.

La sala de instancia ha contemplado en su valoración de intereses en conflicto ambos criterios legales (*periculum in mora* y *fumus boni iuris*), señalando, como conclusión, lo ya expuesto con anterioridad, que ha justificado la denegación de la medida cautelar adoptada.

1. Así, aplica el preferente criterio legal del *periculum in mora* cuando afirma que la posición procesal del Ayuntamiento recurrente con su pretensión de la medida cautelar suspensiva de referencia se fundamenta en el pretexto de resultar afectado el interés general del municipio a consecuencia de la privación del uso del terreno catalogado como espacio público [...] durante el tiempo que dure el litigio.

2. En segundo término, el primero de los autos impugnados (de 30 de enero de 2003) recurre en su fundamentación a la doctrina del *fumus boni iuris*, si bien rechazando pronunciarse sobre tal argumentación, lo cual implica la desestimación del expresado criterio jurisprudencial ante la imposibilidad de analizar en este momento las razones de fondo invocadas por el Ayuntamiento en pro de la anulación del acto impugnado.

3. En tercer lugar también podemos apreciar en el auto de precedente cita la valoración y confrontación de intereses efectuada por la sala de instancia, al estarse en presencia de un conflicto entre dos administraciones públicas, señalando al respecto que en tal tesitura de conflicto entre dos intereses públicos ha de descompensar la balanza tanto la presunción de legalidad del referido acto como el añadido interés particular de la entidad concesionaria de la explotación del puerto deportivo en que el acto se ejecute.

En apretada síntesis lo expuesto en los párrafos anteriores pone de manifiesto, sin lugar a ningún género de dudas, que la sala de instancia ha tomado en consideración, con precisión absoluta, los criterios legales y jurisprudenciales de precedente cita, y ello, tras una pormenorizada confrontación de los diversos intereses en conflicto.

Sentadas estas premisas será de añadir que la sala de instancia ha ponderado correctamente los intereses en presencia, en ambos casos públicos y prevalentes, pero sin duda, ha tomado en consideración un dato, que el auto de 30 de enero de 2003 menciona en su fundamento 2, que antes hemos reseñado, y que no es otro que el carácter de dominio público marítimo terrestre –estatal, por supuesto– de los terrenos cuestionados.

En relación con los mismos debemos dejar constancia de la doctrina establecida al respecto por el Tribunal Constitucional en su STC 149/1991, de 14 de julio (RTC 1991/149), en la que se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley 22/1988, de 28 de julio (RCL 1988/1642), de costas, señalando al respecto, con cita de precedentes que es sabido que, según una doctrina que muy reiteradamente hemos sostenido (STC 77/1984 [RTC 1984/77], fundamento 3, 227/1988 [RTC 1988/227], fundamento 14, y 103/1989 [RTC 1989/103], fundamento 6.a), la titularidad del dominio público no es, en sí misma, un criterio de delimitación competencial y que, en consecuencia, la naturaleza demanial no aísla a la porción del territorio así caracterizado de su entorno, ni la sustrae de las competencias que sobre ese aspecto corresponden a otros entes públicos que no ostentan esa titu-

laridad. Tal doctrina no significa, sin embargo, que la Constitución no establezca con absoluta precisión que es competencia propia del Estado la determinación de aquellas categorías de bienes que integran el dominio público natural y que atribuya al Estado la titularidad del mismo, como ya se declaró en la STC 227/1988 (RTC 1988/227) (fundamento jurídico 14). Según allí se demuestra no sólo resulta, en efecto, del análisis del artículo 132 de la CE (RCL 1978/2836) la conclusión de que tratándose del demanio natural es lógico que la potestad de demanializar se reserve en exclusiva al Estado y que los géneros naturales de bienes que unitariamente lo integran se incluyan asimismo, como unidad indivisible en el dominio estatal, sino que esa solución es la única compatible con otros preceptos constitucionales, muy especialmente los contenidos en los párrafos primero y octavo del apartado primero del artículo 149.

Esta facultad del legislador estatal para definir el dominio público estatal (artículo 132.2 de la CE) y para establecer el régimen jurídico de todos los bienes que lo integran, está constitucionalmente sujeta a condicionamientos que la propia Constitución establece de modo explícito o que implícita, pero necesariamente, resultan de la interpretación sistemática de la norma fundamental. Como en el presente caso el contenido del dominio público, el género de bienes que lo integran, está establecido por la propia Constitución, el legislador se limita, al definirlo, a ejecutar un mandato constitucional y se excusan otras consideraciones respecto del condicionamiento que a la facultad para incluir en el dominio público, genéricamente, los bienes de otra naturaleza o clase, impone la misma Constitución. Si resulta necesario recordar que, en lo que toca al régimen jurídico de los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre, el legislador no sólo ha de inspirarse en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, sino que además ha de adoptar todas las medidas que crea necesarias para preservar sus características propias. Ciertamente esta inclusión en la legislación reguladora del régimen jurídico de los bienes del dominio público natural cuya titularidad corresponde al Estado de las medidas de protección necesarias para asegurar la integridad de esa titularidad se impone como necesidad lógica en todo caso, y así lo declaramos, en lo que concierne a las aguas, en la ya citada STC 227/1988 (fundamento jurídico 18). En el caso del dominio público marítimo-terrestre se trata además, sin embargo, de una expresa necesidad jurídico-positiva, constitucional, pues como es obvio, el mandato del constituyente quedaría burlado si el legislador obrase de modo

tal que, aun reteniendo físicamente en el dominio público del Estado la zona marítimo-terrestre, tolerase que su naturaleza y sus características fueran destruidas o alteradas. A ello, podríamos añadir que el Acta que ahora se impugna es la mera materialización de la adscripción de los expresados terrenos al dominio público como consecuencia del Informe vinculante de la Dirección General de Costas de 27 de noviembre de 1987. La corrección de los autos de instancia nos conduce inevitablemente al rechazo de los dos motivos formulados.

B) Instrumentos de planeamiento de desarrollo.

Así como en materia propia de instrumentos de planeamiento la tónica general de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mantenido firme en orden a denegar la suspensión de dichos instrumentos en virtud de su carácter de instrumentos normativos destinados a un número indeterminado de personas y que envuelve intereses generales, en el ámbito de los instrumentos de planeamiento de desarrollo (planes parciales, planes especiales), la cuestión es de pura confrontación de legalidad ordinaria, con especial atención al principio de jerarquía normativa, de tal manera que, como punto de partida, sólo se suspenderá, básicamente, cuando alguno de los instrumentos de planeamiento de desarrollo contravenga –al menos de manera indiciaria, lo que permitiría que la petición de adopción de la medida cautelar encontrase abrigo en el principio de apariencia de buen derecho– las determinaciones del Plan Superior, o que rebasa los límites de su ámbito, de tal forma que su contenido se desborde más allá de su confín natural y legal. Es decir, que en estos casos, por regla general, la pauta para decidir la adopción o no de la medida cautelar va a venir en gran medida determinada por la relación de esos instrumentos de planeamiento de desarrollo con los instrumentos de planeamiento que desenvuelve.

Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005/4775), al resolver un recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 27 de julio de 2000, sobre aprobación provisional y definitiva del Plan Especial AOE 00.07 Ciudad Universitaria, en lo que se refiere al ámbito territorial de aplicación del citado Plan, y en la que solicitaba la medida cautelar de suspensión de la ejecución del

referido acto, a lo que se opusieron la Universidad Politécnica de Madrid, el Ayuntamiento de Madrid y el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, habiendo dictado la sala de instancia (Sección Primera) auto, con fecha 3 de septiembre de 2002, por el que se denegó la suspensión interesada, cuya resolución fue recurrida en súplica por el Abogado del Estado, al que se opusieron también el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, el Ayuntamiento de Madrid y la Universidad Politécnica de Madrid, recayendo auto de fecha 20 de noviembre de 2002 desestimatorio del expresado recurso de súplica, por las razones expresadas por la sala de instancia en el fundamento jurídico segundo de dicho auto, en el que literalmente se expresa lo siguiente: Sin embargo, no concurren a juicio de esta sala los motivos invocados para fundamentar la medida cautelar interesada, y ello porque la inclusión de los terrenos en que se ubican las instalaciones del CIEMAT dentro del ámbito regulado por el Plan Especial impugnado en el presente recurso, deriva de la revisión del PGOU de Madrid, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la CAM de 17 de abril de 1997, que definió el ámbito de actuación AOE 00.07 Ciudad Universitaria, determinación impugnada por la Abogacía del Estado –recurso 1427/97– tramitado en esta misma Sección, en el que no se solicitó la medida cautelar ahora interesada [...] y finalmente, porque el Ayuntamiento de Madrid y la Comunidad de Madrid, con el Acuerdo de aprobación del Plan Especial impugnado ejercitaron competencias que les son propias, sin que, *prima facie*, pueda apreciarse la vulneración del reparto competencial como causa de nulidad de pleno derecho del acto impugnado.

Acotados en esos términos los hechos que suscitan el debate en casación, el Tribunal Supremo dentro de sus consideraciones jurídicas establece:

Se aduce por el Abogado del Estado, como único motivo de casación, al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de esta jurisdicción (RCL 1998/1741), la infracción de lo dispuesto en los artículos 129 y 130 de la Ley de esta jurisdicción, ya que la sala de instancia no realiza una correcta ponderación de los intereses en juego ni atiende a la apariencia de buen derecho, concretamente, en cuanto a lo primero, por la potencial peligrosidad de las instalaciones radiactivas, y, por lo que respecta a lo segundo, por la incompetencia de la Comunidad Autónoma de Madrid para incluir en la calificación de Conjunto Histórico-Artístico bienes de titularidad estatal, circunstancias ambas que deben primar sobre la ordenación urbanística.

Este único motivo de casación no puede prosperar porque la exclusión cautelar de los terrenos de titularidad estatal, ocupados por el Centro de Investigaciones recurrente, del ámbito territorial de aplicación del Plan Especial Ciudad Universitaria no elimina la peligrosidad de sus instalaciones radiactivas, que la tienen con independencia de quedar fuera del espacio delimitado por dicho planeamiento, ya que continuarán radicadas en las inmediaciones del campus universitario, pues la exclusión pedida no altera su ubicación ni las medidas de seguridad o de protección existentes, mientras que la inclusión prevista en el planeamiento no impide la adopción de las conducentes a tal fin.

La cuestión relativa a la competencia estatal o autonómica deberá ser objeto de examen en el proceso, que se sustancia ante la sala de instancia, para decidir si la declaración de bien cultural de la Ciudad Universitaria por el Decreto autonómico 21/1999 es o no ajustada a derecho, por lo que la aducida competencia estatal no es razón suficiente para acordar preventivamente la exclusión interesada, ya que la demora en la resolución del pleito no es susceptible de hacer perder la finalidad legítima al recurso, de manera que, conforme a lo establecido en el artículo 130.1 de la Ley de esta jurisdicción (RCL 1998/1741), no es procedente acceder a dicha exclusión cautelar.

El mismo Tribunal Supremo en la ya citada sentencia de 11 de febrero de 2004 (recurso de casación 1515/2001, RJ 2005/5663) promovido por el Ayuntamiento de Madrid contra el auto dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 23 de octubre de 2000, dictado en la pieza separada de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo 989/2000, mediante el cual se accedió a la suspensión del acto impugnado, que a su vez se dedujo por la Comunidad Autónoma de Madrid contra acuerdo del citado Ayuntamiento de Madrid, de fecha 23 de marzo de 2000, por el que fue aprobada la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, relativa al régimen de usos autorizables dentro del Área de Planeamiento Específico del Centro Histórico. La sala de instancia accede a la adopción de la medida cautelar de suspensión del acuerdo municipal objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso-administrativo, y se basa para ello, en síntesis, y por lo que aquí interesa, en la siguiente argumentación: a) Tras señalar, de conformidad con lo previsto en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998/1741), que la medida cautelar se acordará cuando la ejecución del acto o la aplicación

de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, se expone que se trata de evitar que el proceso contencioso-administrativo se convierta, para quien se ve obligado a instarlo en un instrumento inútil y, a la postre, gravoso para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, que la eventual sentencia estimatoria resulte ineficaz; en otras palabras, se trata de eludir que la ejecución del acto administrativo impugnado haga perder al recurso contencioso-administrativo su finalidad. En el supuesto impugnado, señala el auto, el acto impugnado es la aprobación de una modificación puntual del PGOU de Madrid realizada por el Ayuntamiento, omitiendo la intervención de la Administración autonómica recurrente, Administración a quien la normativa urbanística atribuye la aprobación definitiva de los planes generales, sus modificaciones y revisiones, incluido en el artículo 47 de la Ley de medidas de política territorial, suelo y urbanismo de la Comunidad de Madrid (Ley 9/1995, de 28 de marzo [RCL 1995/2317]).

De tal afirmación la sala de instancia deduce que en principio y sin prejuzgar el fondo del asunto, existe una apariencia de mejor derecho en la solicitud realizada por la comunidad autónoma, y que la ejecución del acuerdo recurrido podría poner en entredicho la finalidad del recurso, al esquivarse la tutela de la entidad autonómica, poniendo en peligro, ante la falta de control, los fundamentales valores cuya vigilancia le encomienda nuestro ordenamiento jurídico, motivos por los que accede a la suspensión solicitada.

Así las cosas, el Tribunal Supremo, tras sintetizar el actual régimen de medidas cautelares según la regulación que de ellas hace la Ley 29/1998, de 13 de julio, razona que la finalidad legítima del recurso es, no sólo, 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. La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las 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. De ahí, también, que no quepa entender vedada, en esa

valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen.

La sala de instancia ha contemplado en su valoración ambos criterios (*periculum in mora* y *fumus boni iuris*), señalando, como conclusión, lo ya expuesto con anterioridad:

a) Que la ejecución del acuerdo recurrido podría poner en entredicho la finalidad del recurso, al esquivarse la tutela de la entidad autonómica, poniendo en peligro, ante la falta de control, los fundamentales valores cuya vigilancia le encomienda nuestro ordenamiento jurídico, y

b) Que, en principio y sin prejuzgar el fondo del asunto, existe una apariencia de mejor derecho en la solicitud realizada por la comunidad autónoma, y, aunque la sala de instancia es cierto que no especifica, detalladamente, los argumentos que le mueven a percibir la apariencia de buen derecho en la necesidad de intervención de la Administración autonómica en el proceso aprobatorio de la modificación, debe, no obstante, destacarse que en el de autos la modificación afecta al régimen de usos autorizables dentro del Área de Planeamiento Específico del Centro Histórico. Sin embargo, con facilidad se desprende que la sala de instancia, en este caso, se inclina por impedir el desarrollo urbanístico del área afectada hasta el momento en que resuelva sobre la exigencia legal, o no, de la intervención autonómica en el proceso aprobatorio.

El tratarse, en este supuesto, como se ha expresado, de una modificación puntual, que afecta, en concreto, a los usos autorizables, en el centro histórico de la ciudad, es lo que ha determinado la interpretación del expresado criterio del *periculum in mora* en el sentido en que ha sido realizado por la sala de instancia, pues la no-adopción de la medida cautelar de suspensión hubiera determinado la implantación de nuevos usos en el centro histórico por la sola decisión municipal y sin intervención autonómica, perdiéndose así la finalidad del recurso; procedimiento aprobatorio que, por otra parte, no ha contado –para el presente y específico supuesto– con apariencia de legalidad de entidad suficiente para fundamentar la denegación de la medida cautelar suspensiva. No debemos olvidar que la suspensión decretada afecta a una modificación puntual de la revisión del planeamiento y no, como en otros casos en los que este Tribunal ha

apreciado la existencia de un interés público ínsito en la ejecución de estos instrumentos generales de planeamiento, en la suspensión de una revisión general del Plan. El proceso se entabla, en segundo lugar, entre administraciones públicas, siendo obligado subrayar, además, que el Ayuntamiento de Madrid ha actuado en el ejercicio de una potestad que le ha sido, legalmente, delegada por la comunidad autónoma que ahora impugna el acto en vía jurisdiccional. Sentadas estas premisas será de añadir que la sala de instancia ha ponderado correctamente los intereses en presencia, en ambos casos públicos y prevalentes sobre un interés privado que no se concreta (en tal sentido, autos de la sala de 7 de octubre de 2002 –recurso de casación 7488/2002– y 12 de abril de 2003 –recurso de casación 2787/2002–), lo que hace concluir al alto tribunal con la desestimación del recurso de casación.

La sentencia ya reseñada, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), de 14 de octubre de 2005 (RJ 2005/8258), expone que ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sección Segunda, con sede en Sevilla, se ha seguido el recurso núm. 173/2002 promovido por la entidad mercantil Ibercompra, SA y en el que han sido partes recurridas la Junta de Andalucía y el Excmo. Ayuntamiento de Vejer de la Frontera, sobre suspensión de la ejecución de acto recurrido (denegación de clasificación de suelo como apto para urbanizar del denominado SAU-4. Sicalec –clasificándolo como suelo no urbanizable común–, que el Pleno del Ayuntamiento de Vejer de la Frontera había clasificado como suelo apto para urbanizar con destino a uso deportivo, hotelero y residencial). Dicho tribunal dictó auto con fecha 20 de noviembre de 2002, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: Vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación, la sala acordó no haber lugar a la medida cautelar interesada.

Según explica el Tribunal Supremo, la sala de instancia denegó la adopción de la medida cautelar de suspensión del Acuerdo de la CPOTU, objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso-administrativo, y se basó para ello, en síntesis, y por lo que aquí interesa, en la siguiente argumentación:

a) En el auto de 20 de noviembre de 2002 se expresa una triple argumentación:

1. La propia argumentación utilizada por la Junta de Andalucía, esto es que “la resolución combatida integra un instrumento normativo que

determina la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias del municipio, defendiendo la validez de aquella en base a la naturaleza de la misma y a la prevalencia del interés público que defiende, al tiempo que tutela la explotación minera que, al parecer, se desarrolla en la zona”.

2. La apariencia de buen derecho de la resolución recurrida, que, según expresa, hace que deba mantenerse el acuerdo impugnado, pues de otra forma daría injustificada prevalencia a intereses privados sobre los públicos cuya defensa ha de suponerse realiza la Administración”.

3. El *periculum in mora*, ya que, según se expone, ‘la eficacia y finalidad legítima del recurso no queda, por la desestimación de la medida cautelar interesada, en peligro a la espera de esa resolución judicial definitiva que declare la conformidad o no a Derecho de la resolución combatida’.

b) Y en el auto resolutorio del recurso de súplica, de 20 de marzo de 2003.

1. Se insiste por la Sala en que “lo cierto es que la Administración demandada formula una decisión que ostenta una indudable apariencia de buen derecho”, rechazando que en la pieza de medidas cautelares pueda anticiparse la decisión de fondo ni resolver con arreglo al particular criterio de lo que las partes consideran la finalidad legítima del recurso.

2. Y que si bien todas las decisiones administrativas que integran el procedimiento resultan precisas y de pareja importancia, es, sin embargo la decisión de la CPOTU la que definitivamente última la configuración de la decisión administrativa que pone fin al procedimiento, siendo a esta, precedente de la autoridad autonómica a la que ha de reconocérsele la presunción de legalidad propia de un acto de la Administración como defensora de unos valores comunitarios superiores y por ello, cautelarmente, debe respetarse pues, aun admitiendo que el Ayuntamiento defiende respetables derechos que afectan a sus conciudadanos, rechazando, pues, que la cuestión de fondo realmente suscitada sea una cuestión de competencia de los administraciones públicas, sino la impugnación por una de ellas, junto a un particular interesado, de una decisión de otra, que causa estado agotando la vía administrativa.

En concreto, se considera infringido el artículo 130 de la LJCA, y tras considerar que en los autos impugnados tan sólo se contienen dos fundamentos reales para la denegación (la prevalencia del interés público sobre el interés privado y la presunción de legalidad propia e un acto de la Administración), y referirse a la notoria [...] parquedad de las resolu-

ciones, se analizan detalladamente los requisitos que jurisprudencialmente se han definido para la concesión de la suspensión: (1) Apariencia de buen derecho (que, en síntesis, apoya en correcta tramitación administrativa municipal –frente a las deficiencias autonómicas– así como en la presunta realidad económica de la actividad minera alegada para la denegación de la clasificación pretendida); (2) Irreparabilidad o dificultad de reparación de los perjuicios, pues, de admitirse la prevalencia del interés minero –y si se concediera la explotación en tal sentido– el pretendido destino municipal sería de imposible materialización, destacando, por otra parte, la explotación ilegal extractiva en los terrenos; (3) Inexistencia de perturbación grave de los intereses generales, por cuanto existen otras muchas canteras en el mismo término municipal; (y 4) Inexistencia de perturbación grave de los intereses de terceros, por cuanto la entidad explotadora de los terrenos extrae arena de otras canteras.

En este punto, el alto tribunal recapitula el contenido y sentido del artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, afirmando que la exégesis del precepto conduce a las siguientes conclusiones:

a) 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 e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso.

b) Aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, 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.

c) 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 exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

Como hemos señalado en nuestra STS de 18 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8180), la finalidad legítima del recurso es, no sólo, 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.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las 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.

De ahí, también, que no quepa entender vedada, en esa valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen, para siguiendo en su discurso añadir que la sala de instancia –como hemos expuesto– ha contemplado en su valoración y ponderación de las circunstancias concurrentes los expresados criterios legales del *periculum in mora*, la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y la comparación de los intereses en conflicto, señalando, como conclusión, lo ya expuesto con anterioridad, que ha justificado la denegación de medida cautelar adoptada; medida que, aunque nada señalan las partes al respecto, debería tener un carácter positivo, pues, si bien se observa, lo pretendido por la recurrente es la suspensión de la decisión autonómica de no proceder –en un particular concreto– a la aprobación de la Modificación del PGOU de Vejer de la Frontera; esto es, lo que se pide a la jurisdicción es que adopte cautelarmente la medida de clasificar el denominado SAU-4. Sicalc como suelo apto para urbanizar, dejando simultáneamente sin efecto la clasificación ordenada por la CPOTU de Cádiz como suelo no urbanizable común.

Así, la sala aplica con corrección el preferente criterio legal del *periculum in mora* cuando afirma que la eficacia y finalidad legítima del recurso no queda, por la desestimación de la medida cautelar interesada, en peligro a la espera de esa resolución judicial definitiva que declare la conformidad o no a Derecho de la resolución combatida, esto es, que el recurso no va a perder su eficacia por el normal transcurso del tiempo derivado de la tramitación del mismo, pues la clasificación (SAU) y calificación (deportivo, residencial y hotelero), por el Ayuntamiento y la entidad recurrente

pretendidos, de prosperar el recurso, resultarían plenamente viables a pesar de las posibles actuaciones sobre el entorno autorizadas –como así resulta de las actuaciones– por la Administración competente en extracciones mineras, que en modo alguno se presentan como actuaciones irreversibles; resoluciones al parecer discutidas pero sobre las que, en el presente litigio, no podemos extender la tutela cautelar propia del presente. Igualmente resulta correcta la apelación que se realiza a la apariencia del buen derecho y que podemos deducir de lo que acabamos de exponer, esto es, de la anterior actuación autorizatoria en el ámbito minero, sobre cuya corrección jurídica, eficacia y rendimientos económicos no podemos pronunciarnos en el presente litigio, contando la misma, según se expresa, con el correspondiente Plan de Restauración debidamente avalado, pues tampoco podemos tener aquí como cierto, ni tan siquiera como meramente probable, que la ejecución de los mencionados actos administrativo de otra Administración sectorial –al parecer impugnados– conlleve el riesgo de que en un futuro haya de ser destruida riqueza de una entidad tal que merezca el calificativo de daño o perjuicio de imposible o de difícil reparación. En todo caso debemos recordar que los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen (STS 2 de junio de 2004 [R] 2004/3935)).

Por otra parte, en el conflicto de intereses que se suscitan –autonómicos, municipales y particulares de futuro– la sala de instancia se inclina por los de la Administración que con su decisión ha concluido el procedimiento tramitado (esto es, que definitivamente ultima la configuración de la decisión administrativa que pone fin al procedimiento), señalando al respecto, como ya hemos expresado, que la resolución combatida integra un instrumento normativo que determina la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias del municipio, defendiendo la validez de aquélla en base a la naturaleza de la misma y a la prevalencia del interés público que defiende, al tiempo que tutela la explotación minera que, al parecer, se desarrolla en la zona. En nuestra STS de 9 de abril de 2003 (RJ 2003/3400) dijimos que es doctrina de este Tribunal Supremo la de que el interés público urbanístico, que por principio encarna en los correspondientes planes y normas, exige su ejecución y que, por ello mismo, no es posible su suspensión cautelar sino excepcionalmente, sin que a tal interés público puedan oponérsele los meros intereses privados económicos. De no ser así, y si se generaliza la suspensión de los instrumentos urbanísticos

(que van fundamentalmente encaminados a la creación de suelo con destino a la satisfacción de necesidades primarias), se correría el riesgo de una obstrucción generalizada a las actuaciones urbanísticas de las administraciones públicas. En este punto, el Tribunal Supremo concluye, en apretada síntesis, pues, lo expuesto en los párrafos anteriores pone de manifiesto, sin lugar a ningún género de dudas, que la sala de instancia ha tomado en consideración, con precisión absoluta, los criterios legales y jurisprudenciales de precedente cita, y ello, tras una pormenorizada confrontación de los diversos intereses en conflicto.

Sentadas estas premisas, será de añadir que la sala de instancia ha ponderado correctamente los intereses en presencia, en ambos casos públicos y prevalentes –luego ponderados entre sí– sobre un interés privado que no se concreta ni se representa en la actualidad (en tal sentido, autos de la Sala de 7 de octubre de 2002 –recurso de casación 7488/2002– y 12 de abril de 2003 –recurso de casación 2787/2002–), pues (STS de 23 de febrero de 2005 [R] 2005/2207) los preceptos contenidos en los artículos 56, 57 y 94 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (RCL 1992/2512, 2775 y RCL 1993, 246) avalan la corrección jurídica de lo decidido por la sala de instancia al denegar la suspensión interesada de la resolución administrativa impugnada, por la que se deniega, en el presente caso, la aprobación de la calificación urbanística propuesta por el Ayuntamiento.

El Tribunal Supremo en sentencia de 4 de noviembre de 2003 (R] 2003/8726) en el recurso de casación promovido contra la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, que mediante auto, de fecha 23 de marzo de 2001, accedió a suspender parcialmente la modificación puntual de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Arucas en lo relativo al proyecto de construcción denominado duplicación y variante de la carretera C-810, tramo: Enlace de Arucas-El Pagador. Variante de Bañaderos.

Dicha resolución se basa, entre otros, en los siguientes razonamientos: las Normas Subsidiarias han sido elaboradas teniendo como punto de referencia, en cuanto a la delimitación de la zona de servidumbres y afectación de carreteras, el proyecto del dos mil suspendido por esta sala en el recurso 902/2000. De prosperar el recurso interpuesto, se verían afectados no sólo los intereses públicos sino de terceros particulares ajenos a los avatares de los dos procedimientos. Estimamos que si bien, como afirma la parte, no cabe extender la tutela cautelar del procedimiento 902/2000

tampoco puede ignorarse su existencia. Puesto que, como aduce la demandada, sobre un mismo territorio inciden dos actos administrativos, que en cierta medida son conexos, porque la modificación puntual de las Normas Subsidiarias que analizamos parte de la existencia de un proyecto de carretera que está suspendido. Entendemos que no procede suspender las Normas Subsidiarias, si bien la ejecutividad de las mismas no permite eludir la suspensión que esta Sala acordó en el recurso 902/2000. Por lo que en base al principio de unidad de doctrina deben suspenderse las Normas Subsidiarias en todos los particulares referidos al proyecto denominado variante de Bañaderos aprobado en el año 2000.

El alto tribunal proclama que la representación procesal de la Administración autonómica recurrente esgrime, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de esta jurisdicción (RCL 1998/1741), un único motivo de casación por entender que la sala de instancia, al acceder a la suspensión de la ejecutividad de la modificación puntual de las Normas Subsidiarias de Planeamiento en lo relativo a la duplicación y variante de la carretera C-810, tramo Enlace de Arucas-El Pagador, Bañaderos conculca lo dispuesto en los artículos 129 y 130 de dicha Ley por cuanto, para justificar dicha suspensión, se remite a las razones expresadas para suspender cautelarmente en otro proceso, ante ella sustanciado, la ejecutividad del Proyecto denominado duplicación y variante de la Carretera C-810, en el tramo de enlace Arucas-Pagador, por la variante de Bañaderos, a pesar de que este acto dimana de otro órgano administrativo autonómico, con lo que, en definitiva, utiliza argumentos ajenos al acto administrativo ahora impugnado en el presente proceso, y, además, al acceder a la suspensión de la ejecutividad de las determinaciones del planeamiento urbanístico aprobado, conculca la doctrina jurisprudencial, según la cual el interés público en la ejecución del planeamiento urbanístico es prevalente frente a los perjuicios que pudiera acarrear a los particulares dicha ejecución y, por consiguiente, no debe suspenderse, para acto seguido afirmar que el motivo no puede prosperar porque la sala de instancia justifica la medida cautelar de suspensión de una concreta modificación puntual de las Normas Subsidiarias de Planeamiento en que tal modificación se limita a incorporar al planeamiento urbanístico municipal un proyecto de ejecución de una duplicación y variante de carretera cuya ejecutividad se ha suspendido cautelarmente en otro proceso, de manera que no se trata de justificar la suspensión de la referida modificación puntual, en lo relativo a la mentada variante, con razones o argumentos ajenos al acto de apro-

bación de la modificación puntual de las Normas Subsidiarias, sino que el tribunal *a quo* se limita a ser coherente con lo resuelto en el incidente de medidas cautelares sustanciado en otro proceso, evitando así contradicciones y la confusión que derivaría de la posible ejecución de las determinaciones contenidas en el planeamiento urbanístico, que se ha modificado precisamente para ajustarse a un proyecto de ejecución de obras, cuya ejecutividad se encuentra provisionalmente suspendida mientras se tramita el proceso y se dicta sentencia dirimiendo si dicho proyecto es o no ajustado a Derecho, pues, en el caso de declararse que no lo es, la modificación puntual ahora cuestionada, en cuanto incorpora dicho proyecto, se vería irremediabilmente privada de justificación debiendo tener la misma suerte que aquél, por lo que la medida cautelar, combatida a través de este recurso de casación, constituye una decisión prudente y plenamente justificada ante la realidad de una suspensión de la ejecutividad de otro acto, del que el ahora suspendido trae causa. Por las razones expuestas no resulta aplicable al caso enjuiciado, en contra del parecer de la Administración recurrente, la doctrina jurisprudencial invocada, que considera prevalente, frente a los intereses particulares, el general en ejecutar el planeamiento urbanístico, ya que la modificación puntual de las Normas Subsidiarias suspendida constituye la asunción por éstas de un Proyecto de ejecución de una variante de carretera, cuya ejecutividad ha sido suspendida cautelarmente por resolución firme al haberse declarado no haber lugar al recuso de casación deducido contra ella, de modo que el conflicto se reduce a una cuestión de coherencia que, lógicamente, no permite ejecutar una modificación puntual de las Normas Subsidiarias de Planeamiento cuando el proyecto que la motiva tiene suspendida su ejecutividad.

En el ámbito de la *gestión urbanística* son sin embargo muy excepcionales las resoluciones que conceden la suspensión, porque a pesar de que en la mayoría de los casos la transformación de los terrenos que toda obra urbanística comporta es difícilmente irreversible, sin embargo, se impone en la jurisprudencia el principio de que es mejor ejecutar los proyectos de compensación o de cooperación o de los demás instrumentos urbanísticos, procediendo, en todo caso, de concurrir los supuestos que así lo determinasen, a la reparación de los posibles daños por vía económica. Éste es el caso, por ejemplo, de las reparcelaciones, cuya nulidad no comporta normalmente la restitución de las fincas a su estado anterior, sino únicamente las compensaciones correspondientes en la cuenta de liquidación definitiva. Atiéndase como ejemplo el auto del Tribunal Supremo de 24 de julio de

1991, artículo 6362. Por el contrario, esta preponderancia de la ejecución del planeamiento se pone de relieve incluso frente a los intentos de avallar las cuotas de urbanización cuando se pide la suspensión de proyectos reparcelatorios o de compensación. Aquí la jurisprudencia suele ser unánime en el sentido de denegar la suspensión, incluso con aval, para no impedir el desarrollo de la urbanización.

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), de 24 de julio de 1991 (RJ 1991/6362).

En pieza separada de suspensión dimanante del recurso 3721/1989 –interpuesto contra el acuerdo del Ayuntamiento de Coria del Río de fecha 29 de junio de 1989 y contra su desestimación en 30 de octubre del mismo año– la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó auto el 5 de diciembre de 1989 con la siguiente parte dispositiva: la sala dijo: No ha lugar a suspender la ejecutividad del Acuerdo del Ayuntamiento de Coria del Río de 29 de junio de 1989 sobre aprobación de unidad de Actuación Blanca Paloma [...]. La parte apelante discrepa del auto dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, insistiendo en los argumentos ya empleados en la instancia; esto es, en que la inclusión de la parcela de su propiedad sita en Coria del Río en la Unidad de Actuación Blanca Paloma Subfase Río Pudío, en virtud de acuerdo del Ayuntamiento de dicha localidad de 29 de junio de 1989, le acarrea perjuicios de imposible o difícil reparación; por lo que la suspensión del acuerdo en cuestión es procedente al amparo del artículo 122 de la Ley jurisdiccional (RCL 1956/1890 y NDL 18435), ya que la constitución de la Junta de Compensación y el desarrollo de las actuaciones con su capítulo de cesiones de terrenos y demás cargas y gravámenes serían irreversibles en caso de obtener una sentencia estimatoria.

Sobre esas alegaciones el alto tribunal afirma que esta sala no puede compartir semejante argumentación, al igual que tampoco la ha seguido la sala de instancia. El núcleo de la argumentación de la apelante se refiere a cuestiones de fondo, que se han de resolver en la sentencia que en su día recaiga, y no a través de un auto de suspensión. La nulidad de pleno derecho que alega tendría virtualidad a efectos del artículo 116 de la Ley de procedimiento administrativo (RCL 1958/1258, 1469 y 1504; RCL 1959/585 y NDL 24708), cuando se presente verdaderamente ostensible o patente a simple vista. De lo contrario es una alegación de fondo en la que debe entrar siempre el Tribunal –autos de 10 de abril de 1989 (RJ 1989/2928), 17 de octubre de 1990 (RJ 1990/8140), 3 de enero y 28 de mayo de 1991 (RJ

1991/487 y RJ 1991/4299)–. Tampoco hay razones de orden público que impongan la suspensión; antes al contrario la paralización de la urbanización sí que supondría perjuicios presumiblemente importantes, es decir; aquí sí que, como dice el apartado 7 del motivo V de la exposición de la Ley jurisdiccional, el interés público exige la ejecución del acto impugnado, ya que en la hipótesis más alejada de nuestro razonamiento, los eventuales daños o perjuicios serían reparables económicamente. Procede por tanto la confirmación del auto recurrido.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5) de 13 de febrero de 2004 (RJ 2004/328).

D. Tomás, D. Luis y la entidad mercantil Grama, SA interponen, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley reguladora de esta jurisdicción (RCL 1998/1741) (LJCA), recurso de casación contra el auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de diciembre de 2000, que accedió a la petición, formulada por los recurrentes, de suspensión del acuerdo del Ayuntamiento de Madrid de 28 de julio de 2000, por el que se aprobó definitivamente el Proyecto de Compensación correspondiente al PAU II-3 Las Tablas.

A la ponderación de los distintos intereses en conflictos parece referirse el recurrente en su segundo motivo de casación, en el que invoca como infringidos por la resolución recurrida los artículos 129 y 130 de la LJCA (RCL 1998/1741). Alega que su pretensión no se extiende a la suspensión de la ejecución de todo el proyecto de compensación sino únicamente a la parte del mismo relativa a la finca donde se encuentran las instalaciones industriales de su propiedad, finca que ha sido adjudicada a la Compañía Telefónica. De este modo no cabría hablar, a su juicio, de una contraposición entre el interés general a la ejecución del planeamiento y el interés particular del recurrente en el mantenimiento de su actividad empresarial, sino de un enfrentamiento entre intereses de igual naturaleza, el de Telefónica a disponer de la parcela adjudicada y el de aquél a disfrutar de la misma hasta que la sala de instancia no fije la indemnización que le corresponde por su aportación a la Junta de Compensación.

Este motivo de casación tampoco puede prosperar. No sólo han de ponderarse todos los intereses en conflicto para acordar la suspensión sino que para adoptar esa resolución debe haberse acreditado que la ejecución del acto impugnado podría hacer perder su finalidad legítima al recurso y en este sentido resulta absolutamente indemostrada la afirmación de la parte recurrente de que la indemnización acordada en su favor

es tan insuficiente que aboca irremediabilmente al cese de su empresa. Por otra parte no cabe una suspensión parcial de un instrumento de compensación en los términos solicitados porque, entre otras consecuencias, supondría el mantenimiento en una zona residencial de una actividad incompatible con el planeamiento y la ventaja para la parte actora de poder disfrutar de la parcela obtenida en sustitución de la aportada por ella sin hacer por su parte efectiva esta aportación.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), de 17 de diciembre de 2003 (RJ 2004/3151).

En la pieza separada de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo número 522/2000, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con fecha 17 de octubre de 2000, dictó auto cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: No decretar la suspensión de la ejecución del acto impugnado en este proceso.

En su primer motivo de casación los recurrentes alegan que el auto recurrido hace una espléndida exposición de la evolución en nuestra legislación de la finalidad de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo, así como de los criterios que, en base a la legislación actual, han de estar presentes a la hora de adoptar una medida cautelar, pero, sin embargo, y en síntesis, añaden que el auto recurrido no ha tenido presentes cuestiones fundamentales para la resolución de la presente solicitud de suspensión, recordando como tales la existencia de una vía pecuaria, habiendo iniciado ya las máquinas su trabajo y procediéndose a su invasión, y, por otra parte, la existencia de la carretera Benidorm-Guadalest sobre cuyos terrenos se está adjudicando gran parte de la edificabilidad a desarrollar derivada del proyecto de reparcelación. En apoyo de la citada doble argumentación se expone, en primer término, que la invasión de la vía pecuaria supone una grave infracción legal y un atentado contra el interés público que exige la conservación, libre de cualquier edificación, de dicha vía, y añadiendo que de continuar la ejecutividad del acto recurrido, no se respetará la legal zona de protección de dicha vía pecuaria, por cuanto la reparcelación está adjudicando edificabilidades sobre dicha vía y estableciendo asimismo nuevos viales sobre la misma, invadiendo con ello su trazado a través de los términos de Benidorm, La Nucía y Alfaz del Pi.

Y, en segundo término, en apoyo de la otra argumentación –existencia de la carretera– se expone que no se pueden materializar aprovecha-

mientos urbanísticos previstos por el Programa de Actuación Integrada y por la reparcelación, puesto que según dicho instrumento existen determinadas parcelas de resultado de uso comercial ubicadas precisamente sobre zona sobre la que se ha producido el ensanche de la carretera de Benidorm a La Nunciá, zona que ha sido ya expropiada, ocupada y terminada la obra pública de ensanche, existiendo concretamente una parcela, la núm. 1 del Proyecto de Reparcelación, cuya superficie se extiende exclusivamente sobre la zona de servidumbre y protección de la carretera; y se concluye, señalando que de admitirse la ejecución del acto recurrido, y en especial de la reparcelación, se consumiría una invasión del dominio público.

Tales argumentaciones, sucintamente expuestas, fueron esgrimidas por los ahora recurrente tanto en la solicitud de la medida cautelar como al formular el recurso de súplica; sin embargo no han contado con una respuesta expresa en los autos recurridos; en el primero de ellos, luego confirmado en súplica, tras exponerse (fundamento 1 y 2), con absoluta corrección y abundante cita jurisprudencial, las diferencias existentes entre el régimen jurídico establecido para las medidas cautelares en la Ley jurisdiccional de 1956 y el contenido en la nueva Ley de 1998 (RCL 1998/1741), se concretan (fundamento 3) los criterios en base a los que se debe resolver sobre la solicitud de suspensión, y se determina el alcance (FJ 5) con que debe ser tomado en consideración el criterio jurisprudencial de la apariencia de buen derecho, dedicando el fundamento 4 a la concreta valoración de los intereses en conflicto.

En concreto, en dicho fundamento jurídico, se efectúa un doble pronunciamiento, fruto del lógico proceso de valoración de intereses:

a) Que la suspensión del acuerdo municipal aprobatorio del Proyecto de Reparcelación Forzosa ocasionaría al interés general un perjuicio de mayor entidad que el que se pudiera causar a los intereses particulares de los recurrentes con la ejecución inmediata del Acuerdo impugnado; y,

b) Que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo la ejecución de un planeamiento urbanístico municipal a través de un instrumento de la misma como lo es el proyecto de reparcelación impugnado, es en principio, de prevalente interés para la comunidad respecto del de los particulares afectados por la materialización del proyecto citado, cuyos perjuicios serían en todo caso puramente económicos, y por lo tanto susceptible de ser reparado fácilmente por la Administración demandada cuya solvencia debe presumirse.

No existe, sin embargo, referencia alguna a la doble argumentación de la existencia de una vía pecuaria y de una carretera, ya ampliada, cuyos terrenos –pese a su carácter– son incluidos en algunas de las parcelas resultantes de la reparcelación, ni, en consecuencia, valoración alguna del interés público derivado de la existencia de la citadas vías y que los recurrentes expusieron en sus escritos de solicitud y recurso.

Es por ello que el Tribunal Supremo estima el primer motivo de casación en base a unas consideraciones que, por su relevancia en orden al conocimiento exacto del alcance del requisito de la motivación de las resoluciones judiciales, en este momento transcribo. En segundo término, y por lo que hace referencia a la exigencia de motivación, debe señalarse, desde una perspectiva jurisdiccional, que es la que aquí nos interesa, que la motivación de las sentencias –exigencia extensiva a los autos– es exigida siempre por el artículo 120.3 de la CE (RCL 1978/2836).

El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto (STC 57/2003, de 24 de marzo [RTC 2003/57]) que la obligación de motivar las sentencias, que el artículo 120.3 de la CE impone a los órganos judiciales, se integra como una de las garantías protegidas en el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), entendida como el derecho a obtener una resolución razonablemente fundada en Derecho, que entronca de forma directa con el principio del Estado democrático de Derecho (artículo 1 de la CE) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada esencialmente en el carácter vinculante que para todo órgano jurisdiccional reviste la Ley (artículo 117.1 y 3 de la CE; STC 55/1987, de 13 de mayo [RTC 1987/55], fundamento 1; 24/1990, de 15 de febrero [RTC 1990/24], fundamento 4; 22/1994, de 27 de enero [RTC 1994/22], fundamento 2). Esta garantía tiene como finalidad última la interdicción de la arbitrariedad, ya que mediante ella se introduce un factor de racionalidad en el ejercicio del poder que, paralelamente, potencia el valor de la seguridad jurídica y constituye un instrumento que tiende a garantizar la posibilidad de control de la resolución por los tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el que compete a este Tribunal a través del recurso de amparo (STC 55/1987, de 13 de mayo [RTC 1987/55], fundamento 1; 22/1994, de 27 de enero [RTC 1994/22], fundamento 2; 184/1995, de 12 de diciembre [RTC 1995/184], fundamento 2; 47/1998, de 2 de marzo [RTC 1998/47], fundamento 5; 139/2000, de 29 de mayo [RTC 2000/139], fundamento 4; 221/2001, de 31 de octubre [RTC 2001/221] fundamento 6). De esta garantía deriva, en primer lugar, que la resolución ha de

exteriorizar los elementos y razones de juicio que fundamentan la decisión (STC 122/1991, de 3 de junio [RTC 1991/122], fundamento 2; 5/1995, de 10 de enero [RTC 1995/5], fundamento 3; 58/1997, de 18 de marzo [RTC 1997/58], fundamento 2), y, en segundo lugar, que el fundamento de la decisión ha de constituir la aplicación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni fruto de un error patente, de la legalidad (entre muchas STC 23/1987, de 23 de febrero [RTC 1987/23], fundamento 3; 112/1996, de 24 de junio [RTC 1996/112], fundamento 2; 119/1998, de 4 de junio [RTC 1998/119], fundamento 2; 25/2000, de 31 de enero [RTC 2000/25], fundamento 3). A ello ha de añadirse que, cuando están en juego otros derechos fundamentales, el canon de examen de la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva aparece reforzado (por todas STC 25/2000, de 31 de enero [RTC 2000/25], fundamento 3; 64/2001, de 17 de marzo [RTC 2001/64], fundamento 3) Como tiene señalado este Tribunal, la exigencia de motivación, proclamada por el artículo 120.3 de la CE (RCL 1978/2836), constituye una garantía esencial del justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad (STC 116/1986, de 8 de octubre [RTC 1986/116], fundamento 5; 109/1992, de 14 de septiembre [RTC 1992/109], fundamento 3; 139/2000, de 29 de mayo [RTC 2000/139], fundamento 4; 6/2002, de 14 de enero [RTC 2002/6], fundamento 3). La carencia de fundamentación constituye un defecto capaz de generar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si, en atención a las circunstancias concurrentes, la falta de razonamiento de la resolución no puede interpretarse como una desestimación tácita que satisfaga las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 175/1990, de 12 de noviembre [RTC 1990/175], fundamento 2; 83/1998, de 20 de abril [RTC 1998/83], fundamento 3; 74/1999, de 26 de abril [RTC 1999/74], fundamento 2; 67/2000, de 13 de marzo [RTC 2000/67], fundamento 3; y 53/2001, de 26 de febrero [RTC 2001/53], fundamento 3). En definitiva hemos exigido que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente, no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita (STC 26/1997, de 11 de febrero [RTC 1997/26], fundamento 4; 104/2002, de 6 de mayo [RTC 2002/104], fundamento 3; 236/2002, de 9 de diciembre [RTC 2002/236], fundamento 5).

Por su parte, en la STC 6/2002 de 14 de enero (RTC 2002/6) se señala que la obligación de motivar las sentencias no es sólo una obligación impues-

ta a los órganos judiciales por el artículo 120.3 de la CE (RCL 1978/2836), sino también, y principalmente, un derecho de los intervinientes en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24.1 de la CE, que únicamente se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Es por lo tanto –y sobre todo– una garantía esencial para el justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad. En conclusión, una sentencia que no dé respuesta a las cuestiones planteadas en el proceso, o de cuyo contenido no puedan extraerse cuáles son las razones próximas o remotas que justifican aquélla, es una decisión judicial que no sólo viola la Ley, sino que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (por todas, STC 13/1987, de 5 de febrero [RTC 1987/13], fundamento 3; 56/1987, de 14 de mayo [RTC 1987/56], fundamento 3; 14/1991, de 28 de enero [RTC 1991/14], fundamento 2; 122/1991, de 3 de junio, fundamento 2; 165/1993, de 18 de mayo [RTC 1993/165], fundamento 4; 122/1994, de 25 de abril, fundamento 5; 5/1995, de 10 de enero [RTC 1995/5], fundamento 3; 115/1996, de 25 de junio, fundamento 2; 79/1996, de 20 de mayo [RTC 1996/79], fundamento 3; 50/1997, de 18 de marzo [RTC 1997/50], fundamento 4 y 139/2000, de 29 de mayo [RTC 2000/139], fundamento 4).

Sin embargo, como señala la STC 301/2000 de 13 de noviembre (RTC 2000/301), el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla. En fin, la suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, requiriendo por el contrario examinar el caso concreto para comprobar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, la resolución judicial impugnada ha cumplido o no este requisito (STC 24/1990, de 15 de febrero [RTC 1990/24], fundamento 4; 154/1995, de 24 de octubre [RTC 1995/154], fundamento 3; 66/1996, de 16 de abril [RTC

1996/66], fundamento 5; 115/1996, de 25 de junio [RTC 1996/115], fundamento 2; 116/1998, de 2 de junio [RTC 1998/116], fundamento 3; 165/1999, de 27 de septiembre [RTC 1999/165], fundamento 3); añadiendo la STC 187/2000, de 10 de julio (RTC 2000/187), que no existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión (por todas, STC 184/1998, de 28 de septiembre [RTC 1998/184], fundamento 2; 187/1998, de 28 de septiembre [RTC 1998/187], fundamento 9; 215/1998, de 11 de noviembre [RTC 1998/215], fundamento 3, y 206/1999, de 8 de noviembre [RTC 1999/206], fundamento 3).

Por otra parte, este Tribunal, en sus STS de 21 de marzo (RJ 2002/3038) y 14 de mayo de 2002 [RJ 2002/5191], entre muchas otras, en relación con la presente cuestión de la motivación de las resoluciones judiciales, ha sintetizado los siguientes criterios de aplicación jurisprudencial:

a) El derecho a la tutela judicial efectiva no exige que la resolución judicial ofrezca una exhaustiva descripción del proceso intelectual llevado a cabo por el juzgador para resolver, ni una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes, ni siquiera la corrección jurídica interna de la fundamentación empleada, bastando con que la argumentación vertida exteriorice el motivo de la decisión –*la ratio decidendi*– en orden a un eventual control jurisdiccional, pues se cumple la exigencia constitucional cuando la resolución no es fruto de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad, como ha reconocido esta sala y la jurisprudencia constitucional (por todas, STC 184/1998, de 28 de septiembre [RTC 1998/184], fundamento 2, 100/1999, de 31 de mayo [RTC 1999/100], fundamento 2, 165/1999, de 27 de septiembre [RTC 1999/165], fundamento 3, 80/2000, de 27 de marzo [RTC 2000/80], fundamento 4, 210/2000, de 18 de septiembre [RTC 2000/210], fundamento 2, 220/2000, de 18 de septiembre [RTC 2000/220], fundamento 2 y 32/2001, de 12 de febrero [RTC 2001/32] fundamento 5).

b) En este sentido, la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir constitucionalizada en el artículo 120.3 de la CE (RCL 1978/2836) es una exigencia derivada del artículo 24.1 de la CE, que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos (entre otras muchas, las STC

20/1982, de 5 de mayo [RTC 1982/20], fundamento 1; 14/1984, de 3 de febrero [RTC 1984/14], fundamento 2; 177/1985, de 18 de diciembre [RTC 1985/177], fundamento 4; 23/1987, de 23 de febrero [RTC 1987/23], fundamento 3; 159/1989, de 6 de octubre, fundamento 6; 63/1990, de 2 de abril, fundamento 2; 69/1992, de 11 de mayo, fundamento 2; 55/1993, de 15 de febrero [RTC 1993/55], fundamento 5; 169/1994, de 6 de junio [RTC 1994/169], fundamento 2; 146/1995, de 16 de octubre, fundamento 2; 2/1997, de 13 de enero [RTC 1997/2], fundamento 3; 235/1998, de 14 de diciembre [RTC 1998/235], fundamento 2; 214/1999, de 29 de noviembre [RTC 1999/214], fundamento 5; y 214/2000, de 18 de diciembre [RTC 2000/214], fundamento 4). Por ello, cuando la sentencia o la resolución que ponga fin al procedimiento guarde silencio o no se pronuncie sobre alguna de las pretensiones de las partes, dejando imprejuizada o sin respuesta la cuestión planteada a la consideración del órgano judicial, aun pudiendo estar motivada, incurre en el vicio de la incongruencia omisiva o *ex silentio*, denegadora de la justicia solicitada, que lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que se reconoce en el artículo 24.1 de la CE.

c) No toda ausencia de pronunciamiento expreso a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pudiendo admitirse, excepcionalmente, su desestimación tácita, siempre que del conjunto de los razonamientos incluidos en la resolución y de las circunstancias concurrentes en el caso pueda inferirse razonablemente que el órgano judicial tuvo en cuenta la pretensión y, examinándola, tomó la decisión de desestimarla, omitiendo sólo el pronunciamiento expreso, pero no la decisión desestimatoria (entre otras muchas, STC 29/1987, de 6 de marzo [RTC 1987/29], fundamento 3; 175/1990, de 11 de noviembre [RTC 1990/175], fundamento 2; 3/1991, de 11 de marzo [RTC 1991/3], fundamento 2; 88/1992, de 8 de junio [RTC 1992/88], fundamento 2; 161/1993, de 17 de mayo, fundamento 3; 4/1994, de 17 de enero, fundamento 2; 91/1995, de 19 de junio [RTC 1995/91], fundamento 4; 56/1996, de 15 de abril, fundamento 4; 26/1997, de 11 de febrero, fundamento 4; 16/1998, de 26 de enero, fundamento 4; 1/1999, de 25 de enero [RTC 1999/1], fundamento 1; 215/1999, de 29 de noviembre [RTC 1999/215], fundamento 3; y 86/2000, de 27 de marzo [RTC 2000/86], fundamento 4). Es verdad que las resoluciones impugnadas carecen de la motivación necesaria. Se explica en ellas, exclusivamente, que la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión ocasionaría al interés general un perjuicio de mayor entidad que el que se pudiera causar a los intereses

particulares de los recurrentes con la ejecución inmediata del acuerdo impugnado.

Pero todo ello se razona sin la menor referencia al supuesto litigioso. Como señalamos en nuestra STS de 16 de octubre de 2002 (RJ 2002/10146) para que una resolución judicial pueda considerarse motivada ha de contener una mínima referencia a la cuestión de hecho planteada con la imprescindible concreción a los hechos de los planteamientos genéricos que se expresen. Es evidente que las resoluciones judiciales no son el lugar idóneo para exponer pensamientos y problemáticas abstractas sin ninguna conexión con la realidad. Contrariamente, toda resolución judicial es, sobre todo, una solución de una específica controversia. Lo único que no puede estar ausente de la resolución judicial es la identificación fáctica de la cuestión que se resuelve, aplicando sobre ella los razonamientos que se estimen adecuados.

Los autos impugnados carecen de esa concreción mínima con la cuestión que deciden, razón por la que deben ser anulados al haber infringido lo dispuesto en el artículo 120 de la Constitución y 248.2 de la Ley orgánica del Poder Judicial (RCL 1985/1578, 2635), lo que comporta la estimación del motivo de casación alegado.

Tampoco contienen referencia alguna a la pérdida de la finalidad legítima del recurso que es, en la legislación vigente, como antes hemos señalado la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto.

Acto seguido el Tribunal Supremo afirma que, ahora bien, esta anulación no comporta la estimación del recurso de casación sino que nos impone el deber de resolver lo que corresponda dentro de los términos en los que aparece planteado el debate [artículo 95.2.c) y d) de la Ley jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998/1741)], que se circunscribe a decidir si procede o no acceder a la suspensión cautelar solicitada por los recurrentes, lo que nos obliga a examinar las razones aducidas para ello. Debemos situar la cuestión en el ámbito normativo en el que los hechos, que determinan el presente litigio, tuvieron lugar; marco, que no es otro que el de la Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia 6/1994, de 15 de noviembre (RCL 1995/69), sobre actividad urbanística.

Pues bien, el desarrollo de tal actividad urbanística, de conformidad con el artículo 1 de la citada Ley, habilita para el ejercicio de cuantas facultades

sean precisas para la eficaz realización del interés colectivo, destacando, entre los diversos aspectos que la Ley contempla en el artículo citado, el planeamiento urbanístico, que ordena y proyecta el destino de los terrenos, su utilización y las construcciones en ellos previstas, así como las acciones públicas o privadas precisas para que se cumplan sus previsiones, atendiendo a las necesidades de la población, debiendo destacarse como en el artículo 6.2 de la misma Ley autonómica se especifica que la actividad urbanística de ejecución del planeamiento se realiza en uno de estos dos regímenes: actuaciones aisladas o actuaciones integradas.

Se considera actuación integrada, que es la que se ha producido en el supuesto de autos, la obra pública de urbanización conjunta de dos o más parcelas, realizada de una sola vez o por fases, conforme a una única programación, determinándose en el mismo los supuestos en los que el Plan preverá la ejecución de actuaciones integradas, y concluyéndose en su apartado 4, en el sentido de que las parcelas sujetas a una actuación integrada serán solar cuando, además de contar con los servicios expresados en el número 1 anterior, estén ejecutadas las infraestructuras mínimas de integración y conexión de la actuación con su entorno territorial, estipuladas al programar aquella.

Por su parte, el artículo 7. 2 de la misma Ley dispone que la ejecución de las actuaciones integradas es siempre pública, correspondiendo a la Administración decidir su gestión directa o indirecta, y añadiéndose que se considera que una actuación es de ejecución directa por la Administración, cuando la totalidad de las obras e inversiones que comporta son financiadas con fondos públicos y gestionadas por los órganos o empresas de la Administración, y que, por otra parte, la gestión es indirecta –como acontece en el presente supuesto–, cuando la Administración delega la condición de agente urbanizador adjudicándola en favor de una iniciativa empresarial seleccionada en pública competencia.

Como señala la exposición de motivos de la citada Ley autonómica la Administración actuante puede ser ella misma urbanizador; estaremos ante un caso de actividad urbanística en régimen de gestión directa. También puede asignar el papel de urbanizador a una empresa privada que –previa la pertinente selección– se preste voluntariamente a ello, para la gestión pública indirecta de la actuación. En ambos casos el urbanizador puede ser dueño del terreno o ser el propietario un tercer sujeto distinto.

El urbanizador es una persona –pública o privada– que en un momento dado asume, voluntariamente, la responsabilidad pública de promover la ejecución de una actuación urbanizadora (el compromiso de implantar unas infraestructuras de urbanización públicas, vías públicas, alcantarillado, etc.) en desarrollo de la calificación urbanística del suelo prevista por el Plan. Se compromete pues, a realizar y gestionar las inversiones (públicas o privadas) necesarias a tal fin. Para ello el urbanizador no necesita ser el propietario civil de los terrenos ni ha de convertirse en propietario de los solares resultantes.

Por otra parte, el artículo 7, apartado G de la normativa que nos concierne, contempla como instrumento de planeamiento los denominados programas para el desarrollo de actuaciones integradas, que regulan el proceso de ejecución de éstas, fijando sus plazos, especificando su alcance y modalidad, designando el urbanizador y concretando sus compromisos. Como señala el artículo 29.1.B), los citados programas planifican la realización de las actuaciones integradas, teniendo los mismos, en concreto, por objeto: identificar el ámbito de una actuación integrada con expresión de las obras que se han de acometer; programar los plazos para su ejecución; establecer las bases técnicas y económicas para gestionar la actuación; regular los compromisos y obligaciones que asume el urbanizador designado al aprobar el Programa, definiendo, conforme a esta Ley, sus relaciones con la Administración y con los propietarios afectados; y fijar las garantías de cumplimiento y las sanciones por incumplimiento de dichas obligaciones.

Pues bien, de entre las determinaciones de los programas de actuaciones integradas que el mencionado artículo 29 contempla, debemos destacar, por lo que aquí nos interesa, los aspectos, previstos en los apartados 8 y 9 del precepto, relativos, respectivamente, a las garantías y a las relaciones con los propietarios, señalándose, respecto de las primeras que todo Programa ha de asegurar el cumplimiento de sus previsiones ya sea mediante créditos comprometido con cargo al presupuesto de una Administración, o bien con garantía –financiera o real– prestada y mantenida por el adjudicatario seleccionado como urbanizador, por el importe mínimo que reglamentariamente se determine y que nunca excusará la prestación de aval o fianza por valor mínimo del 7 por 100 del coste de urbanización previsto, y por lo que respecta a las Relaciones con los propietarios que el Programa regulará las relaciones entre el urbanizador y los propietarios afectados desarrollando las siguientes bases:

A) El urbanizador de una actuación integrada debe soportar los costes de la urbanización en la medida en que le sean compensados retribuyéndole en terrenos edificables. Los costes no compensados así, le serán resarcidos en metálico por los propietarios de terrenos edificables resultantes de la actuación.

B) Los propietarios afectados por una actuación integrada pueden cooperar con ella aportando su primitivo terreno sin urbanizar y recibiendo, a cambio, parcelas edificables urbanizadas, admitiéndose dos modalidades de cooperación, en función de que el propietario contribuya proporcionalmente a las cargas de la urbanización cediendo terrenos (supuesto en este caso le corresponde recibir, libre de cargas, menor solar, constituyendo la diferencia la retribución del urbanizador), o bien abone –en metálico y como retribución en favor del urbanizador– su cuota parte de las cargas de la urbanización, garantizando esta deuda.

Por último, debemos destacar como entre la documentación del Programa para el desarrollo de Actuaciones Integradas, contemplada en el artículo 32 de la Ley analizada, se regula con precisión la denominada proposición económico-financiera, comprensiva de los siguientes aspectos:

1) Desarrollo de las previsiones del artículo 29.9, regulando las relaciones entre el urbanizador y los propietarios, justificando, en su caso, la disponibilidad de aquél sobre los terrenos de éstos, los acuerdos ya alcanzados con ellos –si los hubiere– y las disposiciones relativas al modo en que será retribuido el urbanizador.

2) Estimación, siquiera sea preliminar y aproximada, de los costes de la obra urbanizadora.

3) Proporción o parte de los solares resultantes de la actuación constitutiva de la retribución del urbanizador, con los índices correctores que procedan respecto a la estimación de costes del ordinal anterior. Cuando la retribución del urbanizador esté prevista en metálico, se especificará si le corresponde percibir algún recargo sobre la expresada estimación de costes de urbanización, en concepto de beneficio o gastos de gestión.

4) Incidencia económica de los compromisos que, en su caso, interese adquirir el urbanizador para edificar –con fines de interés social– los terrenos que hayan de adjudicársele, tanto en la valoración de éstos, como en su cuantificación y modo de adquisición.

Como señala la exposición de motivos, la incorporación del suelo urbanizable al efectivo proceso urbanizador la determina otro tipo específico

de Plan: el Programa. El Programa, cuya aprobación es independiente a la de los restantes planes (aunque pueda ser simultánea) no califica el suelo, no regula u ordena su destino. El Programa es un documento muy sencillo que se limita a planificar el proceso de gestión urbanística.

Lo peculiar del Programa es que su aprobación necesita el compromiso, efectivo y voluntario, asumido por su promotor de desarrollarlo en plazos y condiciones determinadas. Al aprobarse el Programa su promotor se convierte en agente urbanizador.

[...] Una vez aprobado el Programa y mientras éste no sea revocado, el suelo urbanizable se convertirá en programado. Su propietario, gracias al Programa podrá participar en las plusvalías que genere el desarrollo de éste. Su nueva situación estatutaria será análoga a la del propietario de suelo urbanizable programado cuando, en la legislación estatal, se ve sujeto a un sistema de actuación pública, como el de cooperación.

[...] El propietario como consecuencia del desarrollo del Programa obtendrá un solar urbanizado. La producción de solares urbanizados es la labor propia del urbanizador. Esta labor es una actividad empresarial que debe ser retribuida, no sólo en sus costes sino también con beneficio propio. Su retribución corresponde justamente a quien recibe el producto elaborado, el solar urbanizado.

[...] La relación entre el urbanizador y el propietario, cuando ambos sean personas particulares, se articulará, preferentemente, sobre los acuerdos que libremente puedan convenir. Ello sin duda es lo más deseable por el ahorro implícito que conlleva en gastos de gestión para la Administración pública. Pero, como es natural, habiéndose comprometido el urbanizador a desempeñar su tarea en plazos ciertos, la Ley no puede fiar por completo el éxito de esa empresa al libre convenio que el propietario del terreno interese suscribir.

En los casos de ejecución indirecta el mecanismo habitual previsto para asegurar el desarrollo obligado del planeamiento es la reparcelación forzosa. [...] La reparcelación la aprueba la Administración actuante a solicitud formulada por el urbanizador. Su función es adjudicarle al propietario, forzosamente en defecto de acuerdo, la parcela edificable que le corresponda a resultas de la actuación a cambio de su terreno originario. Al urbanizador también le puede corresponder la adjudicación de parcelas si ésta es la forma prevista de retribución de su labor. Asimismo le corresponderán a la Administración las cesiones legalmente obligatorias y gratuitas.

El derecho del propietario, una vez programado su terreno, podrá deducirse del llamado aprovechamiento tipo, que el Plan ya fija en términos igualitarios. La reparcelación juega un papel meramente instrumental tendente a asegurar la ejecución del programa en términos que garanticen el derecho del propietario, previamente definido por la conjunción de Plan General y Programa. La Ley refuerza esta vertiente puramente instrumental de la reparcelación que deja de ser, en rigor, un factor de definición de derechos en el seno de una hipotética comunidad reparcelatoria, pasando a ser un modo de resolución de conflictos entre propietario y urbanizador.

Ha querido esta Ley diseñar una relación equilibrada entre urbanizador y propietario, que fomente espontáneamente las fórmulas concertadas en vez de la imposición administrativa, aunque, en última instancia, habilita al urbanizador para excitar esa imposición por medios de derecho público (reparcelación forzosa, cobro de cuotas de urbanización) que garanticen el desarrollo del Programa. Para el excepcional e hipotético supuesto de que algún propietario entendiera que no es rentable la programación de su terreno, se admite que, antes de que ésta se produzca, solicite voluntariamente la expropiación con arreglo al valor inicial, del suelo no programado, que implica la renuncia a participar en los rendimientos de su explotación urbanística.

Tras esta exhaustiva reseña de las disposiciones legales con incidencia en el acto administrativo respecto del que se interesó la adopción de la medida cautelar, el Tribunal Supremo concluye: En el ámbito de tal marco normativo, los planteamientos de los recurrentes no pueden tener acogida, como no la tuvieron en el auto de la sala de instancia, pues, por una parte, no se aprecia la posibilidad de que el recurso formulado vaya a perder su legítima finalidad; y, por otra, porque, en la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, han de considerarse preferentes los representados por el instrumento de planeamiento aprobado e impugnado: el Proyecto de Reparcelación.

Debe dejarse constancia de que la sala de instancia ya puso de manifiesto la línea jurisprudencial que mantiene y declara el prevalente interés para la comunidad de los instrumentos de planeamiento municipal, en comparación con el de los particulares afectados por la materialización del proyecto citado; se trata de una constante línea jurisprudencial acerca de la improcedencia de la suspensión de los instrumentos normativos de planeamiento cuando son recurridos, [...] improcedencia que se deriva

de la prevalencia del interés público en su ejecución, dado el carácter de generalidad de sus determinaciones y la amplitud de sus efectos, frente a los posibles perjuicios que se puedan irrogar, cuya reparación sería posible corregir mediante su traducción en cifras monetarias (ATS 4 de mayo de 1990 [R] 1990/3801], 15 de febrero y 13 de mayo de 1992, 9 de febrero [R] 1993/524] y 15 de abril de 1993 [R] 1993/2608], 24 de enero [R] 1994/174] y 25 de octubre 1994), por cuanto que la suspensión de la ejecución de un plan de ordenación incide en una disposición de carácter general en que el interés público está mas acentuado que si de un acto singular se tratase, y que ello condiciona en grado sumo la suspensión, supeditándola a la producción de unos daños o perjuicios, no sólo imposibles o difíciles de reparar, sino de una entidad superior o, al menos, igual a los que a la Comunidad acarrearían las dilaciones en ejecutar. En el mismo sentido tiene señalando el Tribunal Supremo (ATS 7 de septiembre de 1991 [R] 1991/6814], 9 de junio de 1992 [R] 1992/5065]) que este Tribunal viene mostrándose renuente a decretar suspensiones de actos administrativos que, al consistir en la aprobación de Planes Urbanísticos, vienen a representar la aprobación de una disposición de carácter general, de acuerdo con la naturaleza atribuida a los mismos por la doctrina científica y la jurisprudencia. Igualmente se ha señalado (ATS 8 de febrero de 1993) que el Plan, elemento central del Derecho Urbanístico, expresa el modelo territorial elegido en atención al interés público, y este interés demanda la ejecución con notoria intensidad por lo que sólo excepcionalmente, esto es, cuando se vean afectados intereses de muy elevada consideración, puede accederse a suspensiones como la que ahora se examina (autos, entre otros, de 5 de abril [R] 1990/3588] y 15 de mayo 1990 [R] 1990/4076]). También que en supuestos, como el ahora enjuiciado, de suspensión de instrumentos de ordenación urbanística, esta sala viene declarando que, en principio, el interés público concretado en la ejecución del planeamiento debe primar sobre unos daños y perjuicios particulares, perfectamente determinables y resarcibles (ATS 10 de noviembre de 1992 [R] 1992/8752]). Esta sala viene declarando con reiteración que los importantes intereses públicos que se satisfacen con la ejecución del planeamiento son un obstáculo, salvo que concurren circunstancias especiales, para acceder a la suspensión de la ejecución de los actos de aprobación de aquél. Por último, que tales instrumentos de planeamiento son, o deben ser, el resultado de una elaboración meditada, justificada y democrática en cuanto fruto de la amplia participación de cuantos ciudadanos hayan de verse afecta-

dos de cualquier forma por su ordenamiento, lo que implica que muy importantes, graves y patentes deben ser las razones que se esgriman para provocar la suspensión de su ejecutividad (ATS de 12 de febrero de 1992). Igualmente debe citarse las STS de 10 [RJ 1999/3629], 11 (RJ 1999/3630) y 18 de mayo de 1999 (RJ 1999/3637), 3 de octubre de 2001 (RJ 2001/7650), 19 de diciembre de 2002 (RJ 2003/107), y 3 de febrero de 2003 (RJ 2003/744) ; aunque también esta sala y sección en STS de 20 de diciembre de 2001 (RJ 2002/1231), 30 de enero de 2002 (RJ 2002/924) y 12 de abril de 2003 (RJ 2003/4174) ha acordado la suspensión solicitada cuando, de no accederse a ella, se crearían durante el tiempo de tramitación del proceso situaciones jurídicas y alteraciones físicas del terreno difícilmente reversibles, aspectos que, como se verá, no se producen en el supuesto de autos.

Debe añadirse a lo anterior que, por lo que al presente supuesto se refiere, el ámbito de las garantías previstas, antes reseñadas, en el Programa de Actuación Integrada es el escenario y marco adecuado para la resolución de las discrepancias que pone de manifiesto la recurrente en relación con la reparcelación llevada a cabo por el agente urbanizador y aprobada por la Administración demandada; garantías y marco jurídico, por tanto, que contemplan y toman en consideración los particulares intereses de cada uno de los propietarios implicados en el Programa, y con los que los perjuicios a los que el recurrente se refiere, como consecuencia de la ampliación de una carretera o derivados del desplazamiento de las parcelas obtenidas en relación con su originaria propiedad, obtendrán, en su caso, la correspondiente y adecuada compensación.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5) de 9 de abril de 2003 (RJ 2003/3400).

Se impugna en este recurso de casación núm. 5165/2001 el auto de fecha 7 de junio de 2001 (confirmado por el de 26 de junio de 2001), dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en su recurso contencioso-administrativo núm. 770/2001, por el cual se denegó la suspensión del acto impugnado, que es el acuerdo del Ayuntamiento de Pilar de la Horadada (Alicante) de fecha 22 de enero de 2001, que aprobó el Programa de Actuación Integrada de la Unidad de Ejecución núm. 4 del Plan General de Ordenación Urbana.

La entidad actora interpone contra esos autos denegatorios de la suspensión recurso de casación, en el que alega la infracción de los artícu-

los 129 y 130 de la Ley jurisdiccional de 13 de julio de 1998 (RCL 1998/1741).

El Tribunal Supremo desestima el motivo en base a que es doctrina de este Tribunal Supremo la de que el interés público urbanístico, que por principio encarna en los correspondientes planes y normas, exige su ejecución y que, por ello mismo, no es posible su suspensión cautelar sino excepcionalmente, sin que a tal interés público puedan oponérsele los meros intereses privados económicos. De no ser así, y si se generaliza la suspensión de los instrumentos urbanísticos (que van fundamentalmente encaminados a la creación de suelo con destino a la satisfacción de necesidades primarias), se correría el riesgo de una obstrucción generalizada a las actuaciones urbanísticas de las administraciones públicas.

Estas ideas, aplicadas al caso presente, conducen a la confirmación de los autos impugnados: al interés público que, por principio, exige el desarrollo urbanístico de la Unidad de Ejecución núm. 4 del Plan General de Pilar de la Horadada la entidad actora sólo opone sus propios intereses económicos (así, se habla expresamente en el escrito inicial del valor crematístico de los terrenos y de la obtención de plusvalías), intereses privados que, desde luego, son legítimos y defendibles, pero que deben ceder, en trámite de medidas cautelares, ante los intereses públicos (artículo 130.2 de la Ley 29/1998).

La regularidad del deslinde de la zona marítimo-terrestre y del procedimiento de selección del Agente urbanizador son cuestiones que atañen al fondo del asunto y que únicamente pueden servir, a propósito de la suspensión, cuando a primera vista se hubieran realizado con ilegalidades manifiestas, lo que no es el caso; es sobre estas cuestiones sobre las que debe discutirse en el pleito principal y la prudencia exige no realizar juicios previos que puedan anticipar indebidamente la decisión final. No existe, por lo tanto, infracción de los artículos 129 y 130 de la Ley jurisdiccional.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), de 13 de mayo de 2005 (RJ 2005/5441).

La procuradora Doña Paula García Vives, en nombre y representación de Doña Camila, interpuso recurso contencioso-administrativo con la desestimación, por silencio administrativo, del recurso de reposición deducido contra el acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno del Ayuntamiento de Valencia, por la que se aprobó el Proyecto de Reparcelación del Sector P.R.R. 13, Campanar Norte, del Plan General de Ordenación Urbana de Valencia, solicitando, mediante otrosí, la suspen-

sión cautelar de la ejecución del indicado Proyecto, dado que su ejecución ha de causar perjuicios de imposible o difícil reparación, al verse privada la recurrente de su hogar a pesar de la avanzada edad que tiene, a cuyo escrito adjuntaba copia del escrito deduciendo recurso de reposición ante el Ayuntamiento, en el que la recurrente había solicitado de la propia corporación municipal la suspensión de la ejecución del mencionado Proyecto de Reparcelación.

La sala de instancia dictó auto, con fecha 11 de octubre de 2000, denegando la suspensión cautelar interesada por las siguientes razones: Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 16/febrero/2000 (RJ 2000/601), la jurisprudencia ha venido sistemáticamente denegando la suspensión, con base en el argumento fundamental de que en la ejecución de los planes urbanísticos está implicado un evidente interés público que no es lógico posponer en beneficio de un interés particular, teniendo además en cuenta que existen otros muchos intereses particulares que demandan también la ejecución del planeamiento, que son los de aquellas personas que han aceptado y no han impugnado el instrumento de ordenación o de ejecución de que se trate. En el caso de autos, la aplicación de la anterior doctrina conduce necesariamente a la desestimación de la adopción de la medida cautelar solicitada, sin perjuicio de las compensaciones económicas que en su momento, en la fase de ejecución del proyecto de reparcelación ahora aprobado, pueda percibir la recurrente. Así pues, por las razones expuestas, y sin prejuzgar acerca de las razones impugnatorias de fondo, procede denegar la suspensión cautelar de la ejecutividad del acto administrativo objeto del presente recurso.

Presentado el oportuno recurso de súplica contra dicho auto, la sala de instancia dictó auto, con fecha 25 de noviembre de 2002, desestimatorio del indicado recurso de súplica con base en el siguiente único fundamento jurídico: La tesis básica sobre la que se sostiene la pretensión de la recurrente no es otra que la del automatismo en la traslación a la sede judicial de una suspensión pretendidamente obtenida en sede administrativa con arreglo al artículo 111 de la Ley 30/1992 (RCL 1992/2512, 2775 y RCL 1993, 246). Ahora bien, lo que realmente hizo la jurisprudencia recaída con ocasión del artículo 122 de la anterior LJCA de 1956 (RCL 1956/1890), fue ampliar los motivos de suspensión previstos en sede jurisdiccional, y así, aunque el citado artículo 122 sólo contemplaba como motivo de suspensión de los actos administrativos la posible producción de daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, el Tribunal

Supremo aceptó la traslación al ámbito jurisdiccional de la causa de suspensión prevista en el artículo 111.2.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y, anteriormente, en el artículo 116 de la Ley de procedimiento administrativo de 1958 (RCL 1958/1258, 1469, 1504 y RCL 1959, 585), consistente en que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho que preveía el artículo 47 de la Ley de 1958 y prevé actualmente el artículo 62.1 de la citada Ley 30/1992, siempre que se aprecie de una manera terminantemente, clara y ostensible la posibilidad de concurrencia de alguna de tales causas de nulidad de pleno derecho (v. gr. STS de 28 de septiembre de 1998 [R] 1998/7840)). Pero, por lo demás, el Tribunal Supremo ya vino advirtiendo que el artículo 111.2 de la Ley 30/1992, de 16 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, lo que regula es la suspensión de la ejecución del acto administrativo por el órgano administrativo a quien compete resolver un recurso administrativo, careciendo, por tanto, de aplicación en la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado jurisdiccionalmente, que se rige por los artículos 122 a 125 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (STS de 28 de octubre de 1996 [R] 1996/7596)]; y en sentencia de 12 de junio de 2000 (R) 2000/4473), se ha vuelto a insistir en este extremo al poner de relieve el distinto régimen jurídico que preside la suspensión de la ejecución de los actos tributarios en vías de gestión y económico-administrativa y en vía jurisdiccional, y, en ésta, tanto para los supuestos a regir por la Ley jurisdiccional de 1956 como los sujetos a la vigente de 1998 (RCL 1998/1741). Naturalmente, todo sin perjuicio de la jurisdiccionalidad de todas las decisiones que pudieran haber sido adoptadas en las mencionadas vías previas con arreglo a las condiciones normativas de su otorgamiento o denegación. No cabe, por tanto, acoger la súplica.

Sobre esa cuestión el Tribunal Supremo afirma que esta tesis de la recurrente no es acertada y ha sido expresamente desautorizada por la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo, recogida, entre otras, en su sentencia de 4 de diciembre de 2003 (recurso de casación 2928/2001 [R] 2003/9139), fundamento jurídico tercero), según la cual el órgano jurisdiccional no queda vinculado por la suspensión producida durante la sustanciación del recurso administrativo como consecuencia de las previsiones del artículo 111.3 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, sino que, por el contrario, los juzgados y tribunales, al resolver acerca de la

suspensión de la ejecutividad de las disposiciones o actos impugnados en sede jurisdiccional, deben atenerse al régimen de medidas cautelares establecido en los artículos 129 a 136 de la Ley de esta jurisdicción (RCL 1998/1741).

Según el planteamiento de la recurrente, que se resume en la automática prolongación de la suspensión de la ejecutividad obtenida en vía previa por el silencio de la Administración durante la tramitación del proceso en sede jurisdiccional, no sería necesario impetrar del juez o tribunal que conoce del pleito medida cautelar alguna, pero, evidentemente, no es tal el sistema el establecido en nuestro ordenamiento jurídico, en el que, por más que se suspenda la ejecutividad del acto impugnado en vía previa como consecuencia de lo establecido en el artículo 111.3 de la mencionada Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, el interesado, al ejercitar la acción en sede jurisdiccional, debe pedir al órgano jurisdiccional competente la adopción de la correspondiente medida cautelar para asegurar la efectividad de la sentencia, según establece el artículo 129.1 de la Ley de esta jurisdicción, entre ellas, lógicamente, la suspensión de la ejecutividad del acto, a la que dicho órgano jurisdiccional puede acceder o no conforme a lo dispuesto en el artículo 130 de esta misma Ley, sin estar para ello vinculado por la suspensión que se hubiese producido en vía administrativa por el silencio de la Administración, que no se prolonga más allá del trámite de decisión del recurso administrativo interpuesto o, en el caso de deducirse recurso en sede jurisdiccional, hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la materia, que es lo previsto expresamente en el mentado artículo 111.3 y 4 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, razones todas que conducen a la desestimación de este primer motivo de casación.

En el segundo motivo se asegura que la sala de instancia, al denegar la suspensión de la ejecución del proyecto de reparcelación, limitada a determinadas y concretas parcelas, ha conculcado lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley jurisdiccional (RCL 1998/1741) y la propia doctrina jurisprudencial que se cita en el auto resolutorio del recurso de súplica.

En cuanto a la primera infracción denunciada, es decir, la del precepto contenido en el artículo 130 de la Ley de esta jurisdicción, parece basarse en que en este caso, según la recurrente, no concurre la causa de denegación prevista en el apartado segundo de dicho precepto por cuanto de

la suspensión no ha de seguirse una grave perturbación para los intereses públicos por tratarse de dejar fuera de la ejecución del proyecto de reparcelación tan sólo seis parcelas, propiedad de la recurrente.

Sobre ese particular, el Tribunal Supremo afirma que lo cierto es que con la suspensión interesada se pretende suspender la ejecutividad de un instrumento de ejecución del planeamiento urbanístico, y esta Sala y Sección del Tribunal Supremo ha venido declarando que el interés público, implícito en la ejecución del planeamiento, exige, como regla general, la puesta en práctica de sus previsiones (sentencia, por todas, de 24 de septiembre de 2003 –recurso de casación 2811/2001 [RJ 2003/6493], fundamento jurídico tercero–), y no ha sido otra la tesis sustentada por la sala de instancia para denegar la suspensión interesada, como se deduce claramente de los razonamientos contenidos en el fundamento jurídico segundo del auto recurrido, transcritos en el antecedente segundo de esta nuestra sentencia.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), de 18 de septiembre de 2002 (RJ 2002/8075).

Se impugna en este recurso de casación núm. 7675/1999 el auto de fecha 13 de septiembre de 1999 dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1) en su recurso contencioso-administrativo núm. 227/1999, por el cual se denegó la medida cautelar solicitada por don Rafael H. E. y que consistía en, primero, requerir a la Junta de Compensación 11-8 Avenida de los Poblados para que preste aval bancario por importe de 289.260.000 pesetas (con expresa indicación de que don Rafael H. E. quede eximido de contribuir a los costes del mismo), y, segundo, ordenar a la Junta de Compensación que se abstenga de exigir al señor H. E. el importe de los 14.643.704 correspondientes a la partida Indemnizaciones por edificios e instalaciones incompatibles con el planeamiento.

El alto tribunal, a modo de anticipo al contenido de su sentencia, afirma que antes de examinar los dos motivos de casación, hemos de precisar lo siguiente: en los dos motivos se alude a defectos de motivación del auto impugnado, a la vez que se citan como infringidos los artículos 129 y 130 de la Ley jurisdiccional (RCL 1998/1741). Sin embargo, la posible falta de motivación no violaría los artículos 129 y 130 de la Ley jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, ni directamente la jurisprudencia que se cita, sino otras normas que imponen a los tribunales el deber de motivar las resoluciones judiciales. Por si ello fuera poco, la motivación del auto recurri-

do es escueta, pero suficiente, y, como se verá, la desestimación del presente recurso de casación se fundará en las mismas razones que aquél expone, si bien más precisadas, para acto seguido descartar que exista infracción de los artículos 129 y 130 de la LJCA ni de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, y ello porque A) El artículo 130.2 permite denegar la medida cautelar cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el juez o tribunal ponderará en forma circunstanciada. Y ninguna duda cabe de que la prestación de un aval de 289.260.000 pesetas por la Junta de Compensación y el no-cobro de otros 14.643.704 pesetas, produciría graves perjuicios en el funcionamiento de la Junta, que no es una entidad cualquiera, sino la encargada de ejecutar las obras de urbanización y de llevar a la práctica las previsiones del Proyecto de Compensación (artículo 157.2 del Reglamento de gestión urbanística [RCL 1979/319; ApNDL 13927]). No es, pues, acertada la afirmación del recurrente de que los intereses enfrentados son exclusivamente privados: la Junta de Compensación representa el interés público en la ejecución del planeamiento, plasmado en el Proyecto de Compensación debidamente aprobado por la Administración actuante (artículo 134.1 del citado Reglamento), y los obstáculos puestos al funcionamiento de la Junta lo son en realidad a los intereses urbanísticos de la colectividad.

En lo que se refiere a la *disciplina urbanística* la jurisprudencia suele ser mucho más favorable a la suspensión basándose en la aplicación de los principios generales del derecho sancionador, y en particular de la presunción de inocencia (así por ejemplo, sentencia de 15 de marzo de 1999, Aranzadi 2342; auto de 25 de enero de 1992, Aranzadi 751; auto de 11 de noviembre de 1991, Aranzadi 8808), referidos, especialmente, a aquellos supuestos en que por la comisión de una infracción urbanística se le impone una sanción económica.

Aunque no de modo unánime, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es proclive a la adopción de la medida cautelar de la suspensión del acto administrativo respecto de las obras aparentemente ilegales, incluso de aquellas que por ser consideradas por la Administración como manifiestamente ilegales se ordena la demolición de lo ilegalmente construido. Esa preferencia de los tribunales por suspender cautelarmente, sin necesidad de caución, los actos que contienen órdenes de demolición, lo hacen para evitar situaciones de hecho irreversibles. Sin embargo, esa tendencia no es unánime, sino que cuando la construcción se revela absolutamente ilegalizable a tenor de la normativa urbanística de aplica-

ción, niega la adopción de la medida cautelar para evitar así situaciones posteriores absolutamente anómalas, lo que a veces ha llevado incluso a propugnar cambios en los planes para legalizar situaciones ilegales.

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), de 11 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8808).

Suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto del recurso. Criterios: interés público y perjuicios: doctrina general: ejecutividad de los actos y tutela judicial efectiva; Daños y perjuicios de reparación imposible o difícil: multa: suspensión procedente: orden de ejecución de obras: distinción del tipo de obras: suspensión procedente: suspensión improcedente.

El principio de eficacia de la actuación administrativa –artículo 103.1 de la Constitución (RCL 1978/2836 y ApNDL 1975-85, 2875)– con el apoyo que recibe de la presunción de legalidad del acto administrativo –artículo 45.1 de la Ley de procedimiento administrativo (RCL 1958/1258, 1469, 1504; RCL 1959/585 y NDL 24708)– da lugar a la regla general de la ejecutividad –artículos 101 de la citada Ley de procedimiento y 4.1.e) de la Ley 7/1985, de 2 abril (RCL 1979/1372 y ApNDL 1975-85, 205), reguladora de las bases del régimen local– que se mantiene, en principio, aunque se formule recurso –artículos 116 de la ya invocada Ley de procedimiento y 122.1 de la Ley jurisdiccional (RCL 1956/1890 y NDL 18435)–. Al propio tiempo, el principio de efectividad de la tutela judicial recogido en el artículo 24.1 de la Constitución reclama que el control jurisdiccional que tan ampliamente traza su artículo 106.1 haya de proyectarse también sobre la ejecutividad del acto administrativo. Y dada la duración del proceso, el control sobre la ejecutividad ha de adelantarse al enjuiciamiento del fondo del asunto.

La armonización de las exigencias de ambos principios da lugar a que la regla general de la ejecutividad haya de ser controlada en cada caso concreto contemplando por un lado en qué medida el interés público demanda ya una inmediata ejecución y por otro qué tipo de perjuicios podrían derivar de aquélla.

Los dos criterios mencionados aparecen en nuestro ordenamiento jurídico: la exposición de motivos de la Ley jurisdiccional advierte que se debe ponderar ante todo la medida en que el interés público exija la ejecución y el artículo 122.2 de la propia Ley señala que procederá la suspensión cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.

Interés público, por una parte, y perjuicios, por otra, son pues los dos

conceptos que, armonizados, determinarán la procedencia o improcedencia de la suspensión.

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

En el supuesto litigioso y en la medida en que se impugna una sanción de multa, habrá que recordar que la jurisprudencia viene declarando que ejecutar una sanción siempre servirá de castigo para el sancionado y de ejemplo para quienes pudieran ser tentados a cometer infracción igual a la castigada, se ejecute la misma firme en vía administrativa o se aguarde a su firmeza judicial –autos de 5 de enero, 21 y 28 de marzo de 1988 (RJ 1988/189, RJ 1988/2188 y RJ 1988/2443)–, así como también que los fines que se persiguen con la imposición de una sanción, sean de expiación o de prevención –general o especial–, o de ambos tipos conjuntamente no implican, salvo supuestos especiales, una exigencia de ejecución inmediata –autos de 13 de junio de 1988 (RJ 1988/5329), 28 de marzo de 1989 (RJ 1989/2420), 1 de marzo de 1990 (RJ 1990/1951), 28 de mayo de 1991 (RJ 1991/4296), etcétera.

Así las cosas, no apreciándose ningún aspecto de interés público que demande la inmediata ejecución de las sanciones aquí discutidas, el perjuicio que supone privar al recurrente de la disponibilidad de determinados medios económicos –autos de 7 de marzo de 1988 (RJ 1988/1793) y de 28 de mayo de 1991– es bastante para justificar la suspensión aunque con caución bastante para prevenir el riesgo de una posible insolvencia –350.000 ptas.–.

En cuanto la pretensión de suspensión va referida a la ejecución de una orden de obras, han de distinguirse en el contenido de ésta dos tipos de reparaciones:

A) Las que se refieren a canalones para la recogida de aguas pluviales, falta de protección en la línea de aparcamiento superior en la zona norte y deficiente funcionamiento de la depuradora –apartados 3 y 5 del considerando 4 y considerando 5 del acto originariamente impugnado.

En este ámbito las exigencias de ejecución inmediata son acusadas y los

perjuicios resultantes de su ejecución no revisten intensidad especial. No resulta por tanto procedente la suspensión.

B) El resto de las obras. Aquí no se aprecia una profunda necesidad de ejecución inmediata y por tanto resulta adecuada la suspensión con prestación de caución de 5.000.000 ptas.

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5), de 3 de septiembre de 1992 (RJ 1992/6954).

Suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto del recurso. Actos de contenido negativo: suspensión improcedente: denegación de licencia: suspensión equivaldría a concesión provisional: mantenimiento del *status quo*: inexistencia de la licencia; daños o perjuicios de reparación imposible o difícil: orden de demolición: suspensión procedente.

El escrito de alegaciones de la entidad mercantil apelante, pese a su extensión, no se ocupa de los razonamientos contenidos en el auto objeto de impugnación, limitándose a relatar, de forma interesada, las circunstancias e incidentes determinantes del acuerdo recurrido, que, en definitiva, no es otro que el de la denegación de una licencia para la instalación de una industria de aglomerado asfáltico en caliente. Aquella omisión obedece, sin duda, a la dificultad de contrarrestar lo razonado en la resolución recurrida, que, en esencia, no hace sino reiterar, sin citarla, la jurisprudencia de esta sala en relación con los actos de contenido negativo.

En efecto, esta sala tiene reiteradamente declarado –así, autos de 20 de febrero y 1 de octubre 1990 (RJ 1990/1443, RJ 1990/7878) y 22 de marzo, 16 de julio y 17 y 25 de septiembre 1991 (RJ 1991/1784, RJ 1991/5845, RJ 1991/6032 y RJ 1991/7606), entre otros– que un acto de naturaleza negativa difícilmente es susceptible de suspensión en vía judicial, ya que ello equivaldría al otorgamiento provisional –mientras se sustancia el proceso– de la licencia interesada, cuando la finalidad de la medida cautelar regulada en el artículo 122 de la Ley jurisdiccional (RCL 1956/1890 y NDL 18435) es mantener, si fuera procedente, el *status quo* anterior a la adopción del acto recurrido, que en el presente caso viene determinado por la inexistencia de la licencia interesada. Distinta solución, en cambio, debe merecer el pronunciamiento recurrido en cuanto no suspende el extremo del acuerdo municipal recurrido relativo al desmontaje y retirada de las instalaciones realizadas, dado que este Tribunal tiene reiteradamente declarado que toda orden de demolición, por su propia naturaleza, si se ejecuta prematuramente antes de la

culminación del proceso pendiente en el que ha de decidirse acerca de su procedencia y legalidad puede dar lugar, en el caso de que quede revocada, a perjuicios de imposible, o al menos, en el mejor de los casos, de difícil reparación.

Procedente será, por consecuencia, estimar en parte el recurso y declarar la suspensión del acuerdo municipal recurrido en cuanto al particular extremo antes descrito, relativo al desmontaje y retirada de las instalaciones realizadas; sin que se aprecien méritos para una expresa imposición de costas –artículo 131 de la Ley jurisdiccional.

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), de 25 de enero de 1992 (RJ 1992/751).

Suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto del recurso; Ejecutividad de los actos: tutela judicial efectiva; Tutela Judicial Efectiva: ponderación de ambos principios; Criterios: interés público y perjuicios: ponderación entre ambos; Daños y perjuicios de reparación imposible o muy difícil: multa por infracción urbanística: funciones de la multa: prevención general y coerción: se cumplen tras la sentencia: no se aprecian perjuicios graves al interés público: existencia de daños al sancionado: suspensión procedente.

Interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra la imposición de multa por infracción urbanística, se solicitó la suspensión de ejecutividad del acto impugnado, que fue estimada por auto de la sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 17 de septiembre de 1990, que decretó la suspensión solicitada.

Interpuesto un recurso de apelación, el Tribunal Supremo lo desestima, confirmando el auto apelado.

El principio de eficacia de la actuación administrativa [artículo 103, 1 de la Constitución (RCL 1978/2836 y ApNDL 2875)] con el apoyo que recibe de la presunción de legalidad del acto administrativo [artículo 45.1 de la Ley de procedimiento administrativo (RCL 1958/1258, 1469, 1504; RCL 1959/585 y NDL 24708)] da lugar a la regla general de la ejecutividad –artículos 101 de la citada Ley de procedimiento y 4.1.e) de la Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985/799, 1372 y ApNDL 205), reguladora de las bases del régimen local– que se mantiene, en principio, aunque se formule recurso [artículos 116 de la ya invocada Ley de procedimiento y 122.1 de la Ley jurisdiccional (RCL 1956/1890 y NDL 18435)].

Al propio tiempo, el principio de la efectividad de la tutela judicial recogido en el artículo 24.1 de la Constitución reclama que el control jurisdic-

cional que tan ampliamente traza su artículo 106.1 haya de proyectarse también sobre la ejecutividad del acto administrativo. Y dada la duración del proceso, el control sobre la ejecutividad ha de adelantarse al enjuiciamiento del fondo del asunto.

La armonización de las exigencias de ambos principios da lugar a que la regla general de la ejecutividad haya de ser controlada en cada caso concreto contemplando por un lado en qué medida el interés público demanda ya una inmediata ejecución y por otro qué tipo de perjuicios podrían derivar de aquélla.

Los dos criterios mencionados aparecen en nuestro ordenamiento jurídico: la exposición de motivos de la Ley jurisdiccional advierte que se debe ponderar ante todo la medida en que el interés público exija la ejecución y el artículo 122.2 de la propia Ley señala que procederá la suspensión cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil. Interés público, por una parte, y perjuicios, por otra, son pues los dos conceptos que, armonizados, determinarán la procedencia o improcedencia de la suspensión.

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

Sobre esta base, impugnada en el supuesto litigioso una sanción de multa, habrá que recordar que la jurisprudencia viene declarando que ejecutar una sanción siempre servirá de castigo para el sancionado y de ejemplo para quienes pudieran ser tentados a cometer infracción igual a la castigada, se ejecute la misma firme en vía administrativa o se aguarde a su firmeza judicial [autos de 5 de enero, 21 y 28 de marzo de 1988 (R) 1988/189, R) 1988/2188 y R) 1988/2443)], así como también que los fines que se persiguen con la imposición de una sanción, sean de expiación o de prevención –general o especial–, o de ambos tipos conjuntamente no implican, salvo supuesto especiales, una exigencia de ejecución inmediata [autos de 13 de junio de 1988 (R) 1988/5329), 28 de marzo de 1989 (R) 1989/2420), 1 de marzo de 1990 (R) 1990/1951), 28 de mayo y 11 de noviembre de 1991 (R) 1991/4296 y R) 1991/8808), etcétera].

Y así las cosas, no habiéndose alegado datos que pudieran evidenciar la necesidad o conveniencia de la ejecución inmediata de la sanción recurrida, los perjuicios derivados del pago de la multa litigiosa, de elevada cuantía, son bastantes para justificar el pronunciamiento cautelar de la suspensión.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5), de 14 de octubre de 2005 (RJ 2006/2020). Suspensión de la ejecución del acto o de la disposición objeto del recurso. Aspectos procesales: recursos; resolución; motivación; existencia; incongruencia; inexistencia; suelo y ordenación urbana; suspensión de obras sin licencia; licencia obtenida por silencio positivo; cuestión de fondo; suspensión improcedente.

La sala de instancia –como hemos expuesto– ha contemplado en su valoración y ponderación de las circunstancias concurrentes los expresados criterios legales del *periculum in mora*, la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y la comparación de los intereses en conflicto, tomando, además, en consideración la naturaleza negativa del acto, y, señalando, como conclusión, lo ya expuesto con anterioridad, que ha justificado la denegación de medida cautelar judicial solicitada y el mantenimiento de la suspensión administrativa acordada por el alcalde de La Matanza de Acentejo; medida cautelar judicial que, aunque nada señalan las partes al respecto, debería tener un carácter positivo, pues, si bien se observa, lo pretendido por la parte recurrente es la suspensión de la decisión municipal de paralización de unas obras sin licencia expresa; esto es, lo que se pide a la jurisdicción es que adopte cautelarmente la medida de –sin licencia municipal expresa– permitir la realización de unas obras de importante envergadura con apoyo en la circunstancia –que los recurrentes mantienen y la entidad municipal niega– de existir una licencia presunta como consecuencia de la aplicación de la normativa autonómica de precedente cita, esto es la Lotencan (RCL 2000/1230 y LCAN 2000/90). Así, la sala:

a) Aplica con corrección el preferente criterio legal del *periculum in mora* cuando afirma que el recurso formulado por los recurrentes no va a perder su eficacia y finalidad legítima como consecuencia de la desestimación de la medida cautelar interesada. Esto es, que la no-adopción de la medida cautelar suspensiva no va a influir en el análisis que, desde una perspectiva de legalidad, se pretende del tribunal de instancia en relación con la pretensión articulada acerca de la existencia de una licencia presuntamente obtenida por vía de silencio administrativo.

b) En relación con la valoración de los intereses en conflicto, considera de preferente toma en consideración el interés público ínsito en la aplicación de la normativa urbanística que se lleva a cabo por el Ayuntamiento demandado, cuando, además, los intereses particulares –por otra parte económicos– no puede considerarse especialmente cuantitativos al encontrarse las obras justamente en su comienzo.

c) En relación con el criterio, jurisprudencialmente establecido, de la apariencia de buen derecho, la sala no encuentra –en estos momentos– elementos consistentes para entender –desde la perspectiva de la Lotencan– concedida presuntamente la licencia que constituiría el fundamento jurídico de las obras iniciadas; en todo caso, la sala, con especial cautela, reitera que no puede en esta pieza de medidas cautelares llevar a cabo un definitivo pronunciamiento sobre tal cuestión, pero que, en todo caso, no observa, en la actuación suspensiva municipal, la existencia de nulidad manifiesta.

d) Por último –en relación con la naturaleza negativa del acto objeto de la pretensión deducida en el recurso– hace suya la doctrina establecida por esta sala (ATS de 10 de abril de 1996 [RJ 1996/3376]) en el sentido de que no resulta viable la suspensión de la ejecución de actos negativos pues, en otro caso, comportaría, en la práctica, la concesión de licencias no obtenidas expresamente.

En apretada síntesis, pues, lo expuesto en los párrafos anteriores pone de manifiesto, sin lugar a ningún género de dudas, que la sala de instancia ha tomado en consideración, con precisión absoluta, los criterios legales y jurisprudenciales de precedente cita, y ello, tras una pormenorizada confrontación de los diversos intereses en conflicto.

En el primer motivo que la parte recurrente articula frente a los anteriores autos de la sala de instancia se pone de manifiesto, con cita del artículo 48 de la LJCA (RCL 1998/1741), que las expresadas resoluciones, denegatorias de la medida cautelar solicitada, fueron dictadas sin obrar en poder de la sala el expediente administrativo, a pesar de haber sido requerida la corporación demandada cinco meses antes del último acto dictado, lo cual implica, según expresa, la quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva generadora de indefensión.

El motivo ha de resultar rechazado por cuanto en el incidente de medidas cautelares que la vigente LJCA regula a partir del artículo 129 no se contempla como requisito imprescindible para la resolución sobre la medida cautelar la previa presencia del expediente previamente remitido

por la Administración demandada. Como hemos señalado con anterioridad, la solicitud de la medida cautelar podrá llevarse a cabo en cualquier estado del proceso (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales, cuya suspensión de vigencia tan sólo resulta posible efectuarla en el escrito de interposición o en el de demanda), y, por ello –en consecuencia– con anterioridad a la solicitud y recepción del expediente; incluso, el artículo 135 de la misma LJCA, con carácter previo o provisional, y en atención a circunstancias de especial urgencia, contempla la posibilidad de la adopción de las medidas cautelares sin la audiencia de la parte contraria, que tiene lugar en una posterior comparecencia revisora para la que tampoco se exige la previa remisión del expediente.

En la misma línea, el artículo 131 de la LJCA, inciso segundo, al regular el incidente cautelar (que tan sólo requiere su sustanciación en pieza separada y la audiencia de la parte contraria) considera posible la resolución del mismo –y la adopción o denegación de la medida cautelar– aun sin que la Administración demandada hubiera comparecido, procesalmente representada, en el recurso, bastando (para no vulnerar el principio de contradicción) la audiencia del concreto órgano autor de la actividad impugnada. Circunstancia que enlaza con lo establecido en el artículo 50 de la LJCA en el sentido de que el emplazamiento de la Administración se entenderá efectuado por la reclamación del expediente. En consecuencia, la pieza separada de medidas cautelares, y la decisión sobre las mismas, cuenta con un recorrido procesal independiente del emplazamiento y la personación procesal de la Administración en las actuaciones, y por ello de remisión del expediente.

Debe, por otra parte, igualmente destacarse como en el artículo 132.1, inciso segundo, se contempla la posibilidad de la modificación o revocación de las medidas cautelares durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado, y que, obviamente, podrían deducirse del examen del expediente una vez remitido por la Administración demandada, pues lo que el legislador prohíbe en el número 2 del citado artículo es la modificación o revocación de las mismas en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, o bien, como consecuencia de la modificación de los criterios de valoración que el juez o tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.

En todo caso debemos recordar que los intereses en conflicto no pue-

den dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen (STS 2 de junio de 2004 [RJ 2004/3935]), y, sin duda, en el marco jurídico previsto por el legislador para la resolución sobre las medidas cautelares –cual es la pieza separada incidental prevista en el artículo 131 de la LJCA (RCL 1998/1741)– no se contempla la previa remisión del expediente administrativo en el que la Administración ha adoptado la decisión que se pretende afectar con la medida cautelar. El motivo, pues, ha de ser rechazado.

En el segundo motivo la parte recurrente expone que la sala de instancia, al resolver el recurso de súplica obvió las cuestiones que en el mismo se le suscitaban, habiendo generado indefensión al faltar la correspondiente motivación con quiebra de los principios contenidos en el artículo 120.3 y 24.1 de la CE (RCL 1978/2836), en relación con el 67 de la LJCA (RCL 1998/1741) que impone la obligación de resolver en la sentencia todas las cuestiones controvertidas en el proceso.

En concreto, se pone de manifiesto que en el auto de 4 de febrero de 2003, resolutorio del recurso de súplica formulado, no se responde a una serie de cuestiones que con precisión se detallan en el desarrollo del motivo: a) Sobre la inaplicabilidad al supuesto de autos del ATS de 10 de abril de 1996 (RJ 1996/3376); b) Sobre la circunstancia del cumplimiento de la legalidad por parte de los recurrentes e incumplimiento manifiesto y flagrante por parte de la corporación demandada; c) Sobre la diferenciación entre inactividad administrativa, actos positivos y actos negativos; d) Sobre la quiebra de la apariencia de presunción de legalidad en la orden de precinto al tratarse de la única actuación realizada en relación con la licencia; e) Sobre la falta de relevancia de las alegaciones de la corporación municipal al carecer de documentación que la avale; f) Sobre la pertenencia de la suspensión cautelar a la tutela judicial efectiva a través de la cual se controla la legalidad de la ejecutividad de los actos de las administraciones; g) Sobre la circunstancia de que la denegación de suspensión implica dejar sin contenido los artículos 166.5.b) de la Lotencan (RCL 2000/1230 y LCAN 2000/90), así como los 42 y 43 de la LJCA; h) Sobre la quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva al no existir indicio alguno en la pieza separada del que se constate la conformidad al ordenamiento jurídico del acto de precinto recurrido; i) Sobre la pérdida de finalidad del recurso por no accederse a la suspensión del precinto; j) Sobre la procedencia de la suspensión con base en la doctrina jurisprudencial dimanante del principio de confianza legítima, y k) Sobre la nulidad por vía de

hecho producida al haberse acordado el precinto de unas obras respecto de las que se había obtenido licencia por vía de silencio administrativo positivo.

En realidad, si bien se observa, el planteamiento de la parte recurrente contiene una doble perspectiva, pues, en relación con la extensa relación de las cuestiones expresadas, plantea tanto la falta de motivación de las respuestas, como la ausencia de las mismas, lo cual –en algunos puntos concretos– no deja de ser contradictorio. Son, en muchas ocasiones, perspectivas diferentes de una misma realidad cuya separación se presenta ciertamente difícil:

1. Por lo que hace referencia a la incongruencia omisiva, la misma se produce cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción provocando una denegación de justicia, lo cual requiere la comprobación de que existe un desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes, debiendo, no obstante, tenerse en cuenta que no toda falta de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho a la tutela efectiva, pues resulta preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar, primero, si la cuestión fue suscitada realmente en el momento oportuno [...] y, segundo, si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del derecho reconocido en el artículo 24.1 de la CE (RCL 1978/2836) o si, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias de la tutela judicial efectiva. En consecuencia, se insiste en que debe distinguirse entre lo que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones, sin que las primeras requieran una respuesta explícita y pormenorizada, mientras que, por el contrario, las pretensiones sí exigen de respuesta congruente [...] sin más excepción que la de una desestimación tácita de la pretensión, de modo que del conjunto de razonamientos de la decisión pueda deducirse. Y, a todo lo anterior, habremos de añadir que la incongruencia omisiva es un quebrantamiento de forma que sólo determina vulneración del artículo 24.1 de la CE si provoca la indefensión de alguno de los justiciables (extractado de la STC 8/2004, de 9 de febrero [RTC 2004/8]).

2. En relación con la también denunciada exigencia de motivación, diremos, con la STC 6/2002 de 14 de enero (RTC 2002/6), que la obligación de motivar las sentencias no es sólo una obligación impuesta a los órganos

judiciales por el artículo 120.3 de la CE (RCL 1978/2836), sino también, y principalmente, un derecho de los intervinientes en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24.1 de la CE, que únicamente se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; a ello, sin embargo, añadiremos, con la STC 301/2000 de 11 de diciembre (RTC 2000/301), que el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla.

Partiendo de la doctrina jurisprudencial anteriormente citada y, vistas las concretas –y expresas– respuestas de la sala de instancia en relación con la pretensión de referencia –la adopción de la medida cautelar se suspensión–, es evidente que no puede accederse a la estimación del motivo fundamentado en tal argumentación. La sala de instancia, comenzando por la congruencia, da cumplida respuesta a la mencionada y concreta pretensión de la parte recurrente en relación con la medida cautelar de suspensión. El contenido y sentido de las respuestas podrá ser tomado en consideración por la parte recurrente, discutirse o rechazarse, pero el pronunciamiento jurisdiccional ha existido, en los términos requeridos por la jurisprudencia, y ha constituido una respuesta motivada y razonada a la pretensión cautelar formulada.

Si bien se observa –y al margen de referirse al auto resolutorio de la súplica– la sala responde a la única pretensión susceptible de ser ejercitada en el incidente cautelar que nos ocupa que no es otra que la medida cautelar de levantamiento de la suspensión y precinto de obras llevado a cabo por el Ayuntamiento demandado, limitando con claridad su ámbito de respuesta, pues, según expresa, no puede la sala entrar a examinar los motivos –de fondo– que la parte esgrime invocando la existencia del acto presunto a su favor, ya que, según con precisión argumenta, salvo en los supuestos en los que resulte ostensible la prosperabilidad del recurso no cabe analizar en la pieza de medidas cautelares de forma pormenorizada

lo que es objeto de la pieza principal del mismo. Y, no obstante ello, la sala cita y reproduce el precepto autonómico (166.6 de la Lotencan [RCL 2000/1230 y LCAN 2000/90]) que, desde el enjuiciamiento que puede realizarse en la pieza separada, impediría el haber obtenido la licencia de forma presunta, circunstancia que, en el supuesto de autos, no puede afirmar cuando no resulta evidente su obtención. Tal conclusión es deducida por la sala de instancia tras analizar la certificación que se cita del Colegio Oficial de Arquitectos de Canarias –sobre el cumplimiento de la legalidad urbanística por el proyecto presentado para la obtención de la licencia–, en relación con el contenido de la resolución municipal así como con la de la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural de Canarias, de 22 de mayo de 2002, igualmente suspensiva –desde su perspectiva competencial– de las mismas obras realizadas por los recurrentes.

La sala de instancia rechaza, igualmente, poder deducir –en este momento y lugar procesal– la existencia de causa de nulidad de pleno derecho de la decisión municipal cuya suspensión pretende, ya que, en este momento, no puede pronunciarse sobre el hecho de la ubicación de la obra en suelo urbano o –al menos parcialmente– urbanizable, circunstancia que obviamente le impide decidir sobre la existencia de acto presunto concesionario de licencia. Igualmente, analiza los posibles perjuicios derivados de la no-adopción de la medida, insistiendo en la situación de inicio de las obras y señalando, como consecuencia de tal circunstancia, que las consecuencias económicas que se derivarían para la empresa serían mucho mayores a las que puedan resultar en el momento actual, en el que la edificación se encuentra muy en sus comienzos.

La sala, por último, niega la posible pérdida de finalidad del recurso, como consecuencia de la no-adopción de la medida cautelar solicitada, y apela al interés público ínsito en la aplicación de la normativa urbanística.

En consecuencia, la sala de instancia –como hemos expuesto– ha contemplado en su valoración y ponderación de las circunstancias concurrentes los expresados criterios legales del *periculum in mora*, la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y la comparación de los intereses en conflicto, tomando, además, en consideración la naturaleza negativa del acto, y, señalando, como conclusión, lo ya expuesto con anterioridad, que ha justificado la denegación de medida cautelar judicial solicitada y el mantenimiento de la suspensión administrativa acordada por el alcalde de La Matanza de Acentejo. No sólo, pues, las pretensiones –sino incluso las argumentaciones de la parte recurrente– han

contado con una sólida y motivada respuesta que nos obliga a rechazar este segundo motivo. En el cuarto motivo se denuncia igualmente vulneración de las normas reguladoras de la sentencia (en este caso, autos) al justificarse, según se expresa, la desestimación del recurso de súplica en una manifiesta confusión entre el expediente de concesión de licencia y el de control de su ejecución.

Al margen de no citarse precepto alguno como infringido debemos insistir en que la línea argumental de la sala ha sido, justamente, la delimitación del ámbito del incidente o pieza de medidas cautelares insistiendo, en los dos autos, en la imposibilidad de llevar a cabo, anticipados pronunciamientos sobre la pretensión del recurso.

Como apoyo del quinto motivo [ya al amparo del artículo 88.1.d)] la parte recurrente parte de una evidente afirmación jurisprudencial, cual es que las medidas cautelares contenidas en los artículos 129 y 130 de la LJCA (RCL 1998/1741) se encuentran directamente relacionadas con el derecho a la tutela judicial efectiva ex artículo 24 de la CE (RCL 1978/2836), afirmación de la que deduce que es necesario un análisis *prima facie* de los actos administrativos con la finalidad de evaluar el conceder preponderancia al principio de ejecutividad o proceder a la suspensión cautelar, posición que ha sido transgredida por la sala de instancia al no acceder a la suspensión.

Con lo manifestado, anteriormente, en relación con la remisión del expediente y sobre el ámbito de los pronunciamientos a realizar en la Pieza Incidentar de Medidas Cautelares, en el sexto motivo [88.1.d) de la LJCA [RCL 1998/1741]] la recurrente considera infringida la jurisprudencia de esta sala que cita (STS 20 de enero de 1988 [R] 1988/319], 26 de septiembre de 1986 [R] 1986/5992], 21 de marzo de 1988 [R] 1988/2241], 17 de julio de 1990 [R] 1990/6568] y 18 de abril de 1995 [R] 1995/4168]) de la que la recurrente deduce, según expresa, la procedencia de acceder a las medidas cautelares instadas cuando nos encontramos en supuestos dudosos respecto a la obtención de licencia y ello porque siempre será posible la restauración del orden urbanístico, quedando con ello servidos los intereses públicos.

Examinadas las STS de precedente cita, si bien –alguna– se refiere a la cuestión relativa a la obtención por vía de silencio administrativo de licencia de obras, sin embargo ninguna de ellas contempla la cuestión que aquí nos ocupa relativa a las medidas cautelares. El motivo, pues, ha de ser rechazado.

Por último, en el séptimo y último motivo [igualmente al amparo del 88.1.d) de la LJCA [RCL 1998/1741]] la recurrente considera vulnerada la jurisprudencia –que sin embargo no cita– que ha establecido, según manifiesta, la procedencia de acceder a las medidas cautelares instadas cuando nos encontramos en supuestos en los que la Administración ha actuado por la vía de hecho frente a la adquisición de licencia de obras por aplicación del silencio administrativo positivo.

La respuesta ha de ser la misma, puesto que, con reiteración, la sala de instancia ha insistido –como hemos sobradamente expuesto– en la imposibilidad de pronunciarse, en la Pieza de Medidas Cautelares, sobre la obtención de la licencia solicitada por vía de silencio, habiendo argumentado al respecto en que tal decisión no implica la pérdida de la eficacia del recurso, en que el examen de la legalidad de fondo le impide tal pronunciamiento al no poder deducir una ostensible nulidad de pleno derecho de la resolución que se impugna, y en que los intereses –públicos y privados– en juego hacen aconsejable la denegación de la medida cautelar de suspensión de la paralización y precinto de las obras al encontrarse las mismas en el momento de su inicio. Por todo ello, el motivo ha de ser igualmente desestimado.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5) de 5 de octubre de 2005 (RJ 2005/8465). Suspensión de la ejecución del acto administrativo o de la disposición objeto de impugnación. Requisitos: daños o perjuicios de reparación imposible o difícil; suelo y ordenación urbana; demolición de edificación; examen; suspensión precedente.

Alega la representación procesal de la Administración autonómica, comparecida como recurrida, que el recurso de casación es inadmisibles porque en el escrito de preparación no se ha realizado el imprescindible juicio de relevancia sobre el derecho estatal que pudiera ser determinante del fallo de la sentencia que recaiga sobre el fondo.

Esta causa de inadmisión, como hemos declarado en nuestra sentencia de esta misma fecha, dictada en el recurso de casación 3207 de 2003, es manifiestamente rechazable por cuanto la procedencia o no de adoptar durante la tramitación de un proceso medidas cautelares se basa exclusivamente en los preceptos recogidos al respecto en la Ley de esta jurisdicción (RCL 1998/1741) (artículos 129 a 136), frente a cuyas decisiones el artículo 87.1.b) de la misma Ley permite deducir el oportuno recurso de casación, sin que, por tanto, sea aplicable, lógicamente

te, lo establecido en el apartado 4 del artículo 86 de la propia Ley jurisdiccional.

El primer motivo de casación, alegado por la representación procesal del recurrente, se basa en que la sala de instancia, al denegar la medida cautelar de suspensión solicitada, ha infringido lo dispuesto en el artículo 130 de la vigente Ley jurisdiccional (RCL 1998/1741), dado que la acción ejercitada en el proceso principal perdería su finalidad si es demolida la nave, según ordena la resolución administrativa, causando con ello un grave perjuicio irreparable no sólo al titular de la misma sino a los terceros que en ella tienen instalados sus negocios o industrias y a los empleados de éstos, mientras que, de no demolerse hasta la definitiva resolución del pleito, el interés público no experimentaría perjuicio alguno.

El segundo motivo de casación, basado en infracción de la doctrina jurisprudencial recogida en los autos y la sentencia de esta sala del Tribunal Supremo transcritos en dicho motivo, es complementario del anterior, al contemplar reiterados supuestos en que hemos suspendido órdenes de demolición por el carácter irreversible de ésta.

La sala de instancia justifica la denegación de la suspensión por entender que la acción ejercitada, de anularse la orden de demolición, no dejaría de ser eficaz por cuanto resultaría indemnizable el perjuicio causado y cabría la reconstrucción de lo indebidamente derruido.

Sin negar que tal reconstrucción sería posible, no cabe negar la pérdida de la finalidad del proceso en el que se pretende la declaración de ilegalidad de dicha orden de demolición, que, de llevarse a cabo, se habría consumado cuando recayese sentencia, mientras que, al señalar la Administración comparecida, autora de dicho acto, la perturbación que la suspensión produciría en los intereses generales, no apunta otra que la falta de ejemplaridad *erga omnes*, que supone que no se ejecute una demolición acordada por no haberse ajustado al planeamiento la obra realizada.

Entendemos nosotros, sin embargo, que la demora en ejecutarla, hasta la resolución del pleito, no priva de eficacia ejemplarizante a la decisión, mientras que, si se declarase improcedente la orden de derribo, el proceso habría logrado su objetivo, que, de lo contrario, perdería su finalidad por cuanto sólo cabría, como apunta la sala de instancia, una indemnización compensatoria.

Si ponderamos, además, ese interés general en ejecutar de inmediato la demolición y el esgrimido por el solicitante de la medida en evitación del

cierre de su negocio y el de los demás que ocupan la nave, entendemos que la demora en ejecutar el acto impugnado, hasta la finalización del proceso, no le priva de su eficacia ejemplar, mientras que se evita paralizar las actividades empresariales ejercidas en la nave y tener que reconstruirla de prosperar la acción de anulación que se ejercita por el peticionario de la medida cautelar. A estas razones, se debe añadir la circunstancia acreditada, en virtud de las sentencias aportadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 271.2 de la vigente Ley de enjuiciamiento civil 1/2000 (RCL 2000/34, 962 y RCL 2001/1892), que el planeamiento urbanístico general del municipio, aplicado para ordenar la demolición de la nave, ha sido anulado en sendas sentencias dictadas por la propia sala de instancia, con lo que la doctrina de la apariencia de buen derecho aconseja también, aun aplicada con la necesaria prudencia en evitación de prejuzgar el fondo de la cuestión planteada en el proceso principal, acceder a dicha suspensión provisional de la orden de demolición, razón por la que ambos motivos de casación deben ser estimados.

Por las mismas razones expresadas para la estimación de los motivos alegados procede, en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 2.d) del artículo 95 de la vigente Ley jurisdiccional (RCL 1998/1741), que declaramos la suspensión cautelar de la orden de demolición de la nave, contenida en la resolución administrativa impugnada, hasta tanto se resuelva el pleito principal, sin que proceda exigir para ello la prestación de fianza o caución por entender que tal suspensión no es susceptible de causar perjuicios al interés general ni a terceros.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), de 14 de junio de 2002 (RJ 2002/5931). Suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto del recurso. Requisitos: ponderación de intereses; licencias de obras; prórroga; otorgamiento de suspensión improcedente.

Entrando ya en el examen del único motivo de casación formulado, vamos a confirmar el criterio de la sala de instancia. La fundamentación del motivo aduce una serie de consideraciones muy generales sobre la pérdida de la finalidad legítima del recurso, el supuesto *periculum in mora* o el *fumus boni iuris* de la pretensión cautelar que no enervan la sólida apreciación de la sala de instancia.

No cabe olvidar que lo que se impugna en los autos principales es la prórroga de una licencia municipal en suelo urbano consolidado. La licencia primitiva resulta *prima facie* como concedida –como correctamente

subraya la sala *a quo*— por otra Administración pública en el ejercicio de sus competencias y en el marco de las responsabilidades que la Ley le confiere. La Administración municipal demandada sostiene que esa licencia primitiva no había caducado cuando se prorrogó. En tal estado de cosas las alegaciones sobre el afirmado incumplimiento de los trámites que se aducen no alcanzan a beneficiarse del criterio de la apariencia de buen Derecho que se sostiene, ya que precisan necesariamente de un examen de la cuestión de fondo, que es lo que se discute en el proceso principal. Tampoco se ha demostrado que pierda su finalidad el recurso en la hipótesis de una sentencia favorable a las tesis de la actora. La valoración de los intereses en conflicto efectuada por las resoluciones recurridas es correcta ya que al interés público superior que invoca la Administración recurrente se opone el interés, también público, de una Administración local en la ejecución de sus actos, al que se añade el interés particular del titular de la licencia a no verse perjudicado por la medida de suspensión. Todo ello nos lleva a desestimar el motivo.

2. El Derecho Urbanístico conoce también otro tipo de medidas cautelares que, tomadas a préstamo del Derecho civil, introdujo con carácter general en nuestro ordenamiento el Texto refundido de la Ley del suelo de 1992. El artículo 307.6, expresamente declarado vigente por la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, dispone que será inscribible en el Registro de la Propiedad la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias.

Los artículos 67 a 72 del Real decreto 1093/1997, de 4 de julio, que desarrolla las normas hipotecarias urbanísticas establecen las normas de la anotación preventiva, poniendo fin a la polémica existente con anterioridad al exigir para la anotación en el registro que el recurrente ofrezca indemnización por lo perjuicios que pudieran seguirse de tal forma que, la falta de caución, que, en su caso, exija el tribunal para evitar daños al titular de la finca o derecho anotado impedirá la práctica de la anotación. Precepto éste que es lógico para prevenir el uso torticero de los recursos contenciosos en materia urbanística, pero cuya legalidad es más que discutible al no tener base bastante en la Ley hipotecaria y suponer una mediatización de las potestades del juez o tribunal de lo contencioso.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), de 30 de noviembre de 2005 (RJ 2006/1396), medidas cautelares (LJCA/1998): Anotación preventiva; interposición de recurso

contra proyecto de reparcelación; criterios y proporcionalidad; examen; medida procedente.

Como decimos, la sala de instancia adoptó la medida cautelar de anotación preventiva del recurso, condicionada a la previa prestación de la caución exigida, y se basó para ello, en síntesis, y por lo que aquí interesa, en la siguiente argumentación:

a) En el auto de 9 de mayo de 2002 se expresa una triple argumentación, que podemos extraer de su contenido:

1. La existencia de la medida cautelar: La posibilidad de la anotación preventiva como medida cautelar para garantizar la ejecutividad de la sentencia que en su día se dicte, si es estimatoria, está contemplada en el procedimiento previsto en los artículos 129 y siguientes de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (RCL 1998/1741).

2. La acreditación de los requisitos: Habiéndose acreditado por la recurrente la concurrencia de los dos factores requeridos legal y jurisprudencialmente: que se le pueden causar perjuicios de imposible o difícil reparación y que la actividad de la Administración no sufre con ello merma o perjuicio en el servicio público.

3. La oferta de la caución necesaria: Ante la hipotética posibilidad de que de la medida cautelar acordada pudiera derivarse algún perjuicio a los intereses públicos o de terceros, procede exigir a la parte recurrente la previa prestación de caución por la cantidad de 1927.419 euros, que viene a ser representativa de la cuantía del recurso.

b) Y, en el auto resolutorio del recurso de súplica, de 19 de julio de 2002:

1. Se subsana el defecto de no haberse aportado la certificación registral que reglamentariamente exige el Real decreto 1093/1997 (RCL 1997/1861).

2. Se insiste en el carácter cautelar de la medida: estamos ante una medida cautelar no decidiendo el fondo del recurso, por lo que la anotación no es más que eso, dejar constancia en el registro advirtiendo de la pendencia del recurso sobre las fincas afectadas por el mismo, con el fin de que la sentencia que en su día se dicte, si fuere estimatoria, no se encuentre con terceros adquirentes de buena fe y se imposibilite de ejecución o se haga excesivamente gravosa.

3. En relación con la cuantía de la caución exigida se señala que se ha fijado la misma teniendo en cuenta lo manifestado por el Ayuntamiento de Orihuela de forma subsidiaria en el escrito de 26 de julio de 2001 y la efectividad de la medida está condicionada a la prestación de la misma.

Contra los mencionados autos ha interpuesto recurso de casación la entidad Cucheto, SL en el cual esgrime tres motivos de impugnación articulados (según deducimos, a la vista de sus contenidos, y sin perjuicio de lo que mas adelante diremos) respectivamente, al amparo de los apartados d) –el primero y segundo–, y c) –el tercero–; apartados todos ellos del artículo 88.1, en relación con el 87.1.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998/1741), reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA); esto es, (1) por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, y por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales generadoras de indefensión.

El Tribunal Supremo tras una extensa y precisa exposición de la regulación que en materia de adopción de medidas cautelares hace la LJCA de 1998, se manifiesta en los siguientes términos, empezando a analizar [...] justamente este tercer motivo que se fundamenta –según se expone– en la existencia de incongruencia omisiva, con infracción de la jurisprudencia que se cita del Tribunal Supremo (STS de 19 de diciembre de 2001 [RJ 2002/657]) y del Constitucional (STC 139/97 [RTC 1997/139] y de 26 de octubre de 1998 [RTC 1998/206]), al haber resuelto la sala de instancia ignorando por completo y sin hacer referencia a las razones esgrimidas en oposición a la medida cautelar solicitada, tanto en el escrito de alegaciones como en el recurso de súplica.

En relación con este motivo [que, sin duda –y dado su contenido– se articula a través del apartado c) del artículo 88.1 de la LJCA [RCL 1998/1741], debemos recordar, en lo referente a la mencionada incongruencia omisiva, que la misma se produce cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción provocando una denegación de justicia, lo cual requiere la comprobación de que existe un desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes, debiendo, no obstante, tenerse en cuenta que no toda falta de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho a la tutela efectiva, pues resulta preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar, primero, si la cuestión fue suscitada realmente en el momento oportuno [...] y, segundo, si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del derecho reconocido en el artículo 24.1 de la CE (RCL 1978/2836) o si, por el con-

trario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias de la tutela judicial efectiva. En consecuencia, se insiste en que debe distinguirse entre lo que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones, sin que las primeras requieran una respuesta explícita y pormenorizada, mientras que, por el contrario, las pretensiones sí exigen de respuesta congruente [...] sin más excepción que la de una desestimación tácita de la pretensión, de modo que del conjunto de razonamientos de la decisión pueda deducirse. Y, a todo lo anterior, habremos de añadir que la incongruencia omisiva es un quebrantamiento de forma que sólo determina vulneración del artículo 24.1 de la CE si provoca la indefensión de alguno de los justiciables (extractado de la STC 8/2004, de 9 de febrero [RTC 2004/8]).

Por nuestra parte, hemos señalado (STS de 10 de marzo de 2003 [R] 2003/3019) que el cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia se traduce, en síntesis, en una triple exigencia: por un lado, la exteriorización de un razonamiento que, siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en Derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el juzgador; por otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que, habiendo sido planteadas en el proceso, necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión; y, en fin, una decisión cuyo sentido abarque, inequívocamente, todas las pretensiones deducidas. La congruencia de las sentencias no requiere una exhaustiva argumentación que discurra paralela con las alegaciones de las partes, bastando con un razonamiento suficiente que dé cumplida respuesta a las pretensiones de los sujetos de la relación procesal. Y que, tal como afirma la doctrina constitucional, tratándose, no de las pretensiones, sino de las alegaciones aducidas por las partes para fundamentarlas, no es necesaria una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, siendo suficiente, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global y genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales.

Partiendo de la doctrina jurisprudencial anteriormente citada y, vistas las concretas –suscintas, pero ciertas– respuestas de la sala de instancia en relación con la pretensión de tutela cautelar (concretada en la anotación registral de la demanda), tal como hemos anticipado, es evidente que no puede accederse a la estimación del motivo fundamentado en la anterior argumentación.

La sala de instancia, de conformidad con la exigencia de congruencia, da cumplida respuesta a la mencionada y concreta pretensión cautelar de la parte recurrente (pretensión contemplada en el artículo 31.2 de la citada LJCA [RCL 1998/1741]), pero atendiendo y valorando las argumentaciones de la demandada en oposición a la misma. El contenido y sentido de las respuestas, y la valoración de sus argumentaciones, podrá ser tomado en consideración por la parte recurrente, discutirse o rechazarse, pero el pronunciamiento jurisdiccional ha existido, en los términos requeridos por la jurisprudencia, y ha constituido una respuesta motivada y razonada a la pretensiones contradictorias de ambas partes.

Debe insistirse en la distinción –ya puesta de manifiesto– que la jurisprudencia realiza entre pretensiones y argumentaciones, y reiterar la ausencia de vicio de incongruencia aun cuando los autos de instancia no respondieran a todas las argumentaciones de las partes, que es lo que en realidad ha podido ocurrir en el supuesto de autos, al poner de manifiesto la entidad recurrente la falta de respuesta de la sala a sus argumentaciones efectuadas en oposición a la medida cautelar solicitada, tanto en el escrito de alegaciones como en el recurso de súplica.

Pues bien, en el supuesto de autos que ahora examinamos, ha existido respuesta expresa suficiente, por parte de la sala de instancia, en relación con la pretensión de oposición a la medida cautelar de anotación de demanda, por lo que el motivo debe rechazarse.

Los otros dos motivos, que evidentemente cuentan con conexión en su planteamiento, podemos analizarlos de forma conjunta, teniendo ambos que ser rechazados.

El primer motivo se considera infringido el artículo 130 de la vigente LJCA (RCL 1998/1741) (que la recurrente analiza desde la perspectiva del artículo 3 del Código civil [LEG 1889/27]), considerando, según expresa, que una medida cautelar nunca podrá exceder el ámbito de otorgar mayor cobertura que la que se persigue en la pretensión procesal cuya eficacia se pretende salvaguardar, y, significando, que ello es lo que acontece en el supuesto de autos en el que la decisión adoptada sobrepasa con mucho la pretensión procesal legítima formulada por el demandante, ya que la pretensión de la recurrente en la demanda afectaba a una finca de 13.026 m² (que, tras el procedimiento reparcelatorio se reduciría aproximadamente a la mitad) mientras que las fincas resultantes sobre las que se proyecta la anotación preventiva de demanda cuentan con una superficie total de 48.098 m², estándose, en realidad, ante una medida

confiscatoria en el patrimonio de propietarios cuyas fincas no tenían por qué verse afectadas.

En el segundo motivo la recurrente considera que se ha vulnerado el artículo 103 de la Constitución (RCL 1978/2836), precepto que, según se expresa, obliga a la función jurisdiccional y que, en relación con el artículo 7 del Código civil, obliga a los tribunales a apreciar el abuso del derecho en la petición de tutela cautelar efectuada, teniendo en cuenta las expresadas dimensiones de las fincas afectas; tal medida ha situado al recurrente en una posición negocial de dominio.

En concreto, si bien se observa, las argumentaciones de la recurrente cuentan con un solo hilo conductor, cual es la relativa a la proporcionalidad y adecuación de la medida cautelar adoptada, a la vista de la participación de la recurrente. Por ello, el recurso nos obliga –tratándose la anotación del recurso de una medida cautelar– a su análisis desde la perspectiva del ya expuesto sistema cautelar (fundamento cuarto) de la vigente LJCA (RCL 1998/1741).

Pues bien, de las anteriores características del nuevo sistema de medidas cautelares establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio, debemos destacar, ahora, dos aspectos: En primer término, sin ninguna duda, debe destacarse la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal del denominado *periculum in mora* como fundamento de las innominadas medidas cautelares; y, en segundo lugar, como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. No obstante ello, como veremos, la jurisprudencia posterior a la LJCA continúa concediendo amplia virtualidad a la doctrina de la apariencia de buen derecho, si bien con ciertas modulaciones en relación con su inicial proclamación.

En relación con el citado primer aspecto, la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, posterior a la LJCA, con reiteración lo ha destacado y precisado. Así, en los ATS de 22 de marzo (RJ 2000/3218) y 31 de octubre de 2000 (RJ 2000/9884) se señala que esta Sala ya ha declarado de manera reiterada, en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998/1741), reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del *periculum in mora*; resoluciones que señalan que el mismo opera como criterio decisor de la suspensión cautelar.

Por su parte, los ATS de 2 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9844) y 5 de febrero (RJ 2001/1398), 21 de marzo (RJ 2001/5914) y 25 de junio de 2001 (RJ 2001/5801) exponen que en el nuevo régimen de medidas cautelares, ya no sólo limitado a la suspensión, instaurado por la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998/1741), reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, partiendo de aquel principio general –no otro sentido puede tener el adverbio únicamente del artículo 130.1–, se permite al órgano jurisdiccional en sus artículos 129 y 130, la adopción de las medidas cautelares teniendo en cuenta una doble referencia: valorando no sólo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el juez o tribunal ponderará de forma circunstanciada.

La exégesis del precepto conduce a las siguientes conclusiones:

a) 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 e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso;

b) aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, 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; y,

c) 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 exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

Como hemos señalado en nuestra STS de 18 de noviembre de 2003 (RJ 2004/58) la finalidad legítima del recurso es, no sólo, 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.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las 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.

De ahí, también, que no quepa entender vedada, en esa valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen.

La sala de instancia –como hemos expuesto– ha contemplado, en su valoración y ponderación de las circunstancias concurrentes, los expresados criterios legales del *periculum in mora*, y la comparación de los intereses en conflicto, y, señalando, como conclusión, lo ya expuesto con anterioridad, que ha justificado la adopción de medida cautelar judicial solicitada y la correspondiente anotación del recurso en el Registro de la Propiedad.

Así, la sala:

a) Aplica con corrección el preferente criterio legal del *periculum in mora* cuando afirma que el recurso formulado por los recurrentes podría perder su eficacia y finalidad legítima como consecuencia del rechazo de la medida cautelar interesada. Como expresa, con precisión, el primero de los autos impugnados la anotación preventiva es una medida cautelar para garantizar la ejecutividad de la sentencia que se dicte; añadiendo el segundo de los autos impugnados, que la medida se adopta con el fin de que la sentencia que en su día se dicte, si fuere estimatoria, no se encuentre con terceros adquirentes de buena fe y se imposibilite de ejecución o se haga excesivamente gravosa. Esto es, que la adopción de la medida cautelar de anotación no va a influir en el análisis que, desde una perspectiva de legalidad, se pretende del tribunal de instancia en relación con la pretensión articulada acerca de la legalidad del Decreto aprobatorio del Proyecto de Reparcelación del Sector T-2 Las Filipinas Oeste, el PGOU de Orihuela. Pues, como el mismo auto expone la anotación no es mas que eso, dejar constancia en el registro advirtiendo de la pendencia del recurso sobre las fincas afectadas por el mismo.

b) En relación con la valoración de los intereses en conflicto, considera la sala de instancia que la medida cautelar de referencia tiene –justamente– como finalidad preferente el evitar unos perjuicios de imposible o

difícil reparación –propios de la ejecución de la sentencia– los cuales son considerados como de preferente protección a los de carácter económico de la ahora recurrente, adoptado la sala, no obstante, para la protección también de estos particulares intereses, la contracautela de la exigencia de la correspondiente caución, cuya exigencia, para mayor objetividad, se ha realizado en los términos expresados por el Ayuntamiento de Orihuela, según se expresa.

En apretada síntesis, pues, lo expuesto en los párrafos anteriores pone de manifiesto, sin lugar a ningún género de dudas, que la sala de instancia ha tomado en consideración, con precisión absoluta, los criterios legales y jurisprudenciales de precedente cita, y ello, tras una pormenorizada confrontación de los diversos intereses en conflicto.

La limitación territorial de la dimensión de la medida cautelar de anotación preventiva planteada por la entidad recurrida, alegando el principio de proporcionalidad en relación con la misma y, tomando en consideración la comparación entre la finca de la entidad recurrente y las parcelas resultado de la reparcelación que se impugna, no resulta factible teniendo en cuenta que es este acto de reparcelación –justamente– el objeto de las pretensiones deducidas en el recurso.

Dada la mencionada imposibilidad es por lo que la sala de instancia exige a la recurrente la importante caución solicitada, protegiendo así los futuros e hipotéticos intereses de la recurrida y terceros afectados, sin que pueda olvidarse, por otra parte, y de cara a la interpretación de la dimensión de la anotación practicada que, cualquiera que sean las fincas a las que la misma afecte, tal afectación sólo puede ser entendida en función de las concretas pretensiones parcelarias de la recurrente (partiendo de las actuales dimensiones de su finca), y, por otra parte, de las variaciones que puedan producirse en la ubicación concreta de las parcelas resultantes, lo cual en modo alguno implica una absoluta indisponibilidad del resultado de la reparcelación que se impugna.

Procede la desestimación del recurso, con la consiguiente imposición de las costas del mismo a la parte recurrente, por imperativo del artículo 139 de la LJCA, 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998/1741).

