TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2023 / 2024

TÍTULO:
El *fumus boni iuris* en el contencioso-administrativo: pasado y presente

WORK TITLE:
The *fumus boni iuris* in administrative litigation: past and present

AUTOR/A: Hugo Daniel Fernández López

DIRECTOR/A: Nuria Ruiz Palazuelos

“El tiempo necesario para tener razón no ha de perjudicar a quien la tiene”. CHIOVENDA

“*Justiced delayed is justiced denied*”. PROVERVIO INGLÉS.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN 4

II. CONCEPTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO 5

1. FUNDAMENTO 5

2. CARACTERÍSTICAS 6

III. LAS CONDICIONES DE ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: ANÁLISIS HISTÓRICO-NORMATIVO 8

1. INTRODUCCIÓN 8

2. LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. DE 1956 HASTA LA ACTUALIDAD. 9

2.1. Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1888 9

2.2 . Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 10

2.3. Influencia de la Constitución Española de 1978: la tutela judicial efectiva 12

2.4. Influencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 15

3. LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE 1998 18

3.1 . El *periculum in mora* 19

3.3. La ponderación de intereses 20

IV. EL *FUMUS BONI IURIS* 21

1. CONCEPTO 22

2. LA PROHIBICIÓN DE PREJUZGAR EL FONDO 22

3. RECEPCIÓN DEL *FUMUS* 27

3.1. Legislación 27

3.2 Jurisprudencia 30

4. EL *FUMUS BONI IURIS* EN LOS DIFERENTES PRODUCTOS ADMINISTRATIVOS. 34

4.1. Actos administrativos: la teoría de las nulidades 34

4.2 . La inactividad material de la Administración 38

4.3 . La vía de hecho administrativa 41

5 CONCLUSIONES SOBRE EL *FUMUS BONI IURIS* EN LA JURISPRUDENCIA 43

CONCLUSIONES 49

BIBLIOGRAFÍA 50

I. INTRODUCCIÓN

1. “La tutela cautelar (...) es un tema apasionante de extraordinaria actualidad, que se presenta, y no faltan razones para ello, como la última oportunidad desde el frente procesal de salvar a la justicia de su profunda crisis. Una cuestión fundamental, pues en lo acertado en las medidas cautelares que aseguran el cumplimiento de la sentencia que en su día se dicte, se juega el ser o no ser del derecho material y la utilidad de los procesos. Pues, o las resoluciones judiciales pueden efectivamente satisfacer la pretensión del vendedor o la justicia se convierte en una “estafa procesal” por el propio legislador escasamente providente de medidas cautelares”[1].

“La tutela cautelar mira a salvaguardar el *imperium judicis*, o sea, a impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la de la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos artificios destinados, como la guardia en la opera bufa, a llegar siempre demasiado tarde”[2].

Con estas palabras, con que PARADA VÁZQUEZ prologa la obra *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, de CARMEN CHINCHILLA, se sintetiza muy bien cuál es el interés jurídico que podemos encontrar en esta materia, la tutela cautelar: hablar de tutela cautelar es reflexionar sobre la justicia administrativa, sobre su papel y sobre la incidencia del tiempo como realidad determinante de su eficacia.

2. El objetivo de este trabajo es analizar el instituto de las medidas cautelas en el proceso contencioso-administrativo y, en particular, la figura del *fumus boni iuris* en tanto que posible criterio de adopción de aquellas, para lo que se acudirán a tres fuentes, doctrina, ley y jurisprudencia (nacional y europea). Para acometer tal empresa, se ha optado por dividir el trabajo en tres partes diferenciadas.

La primera parte, de carácter instrumental, titulada “Concepto de las medidas cautelares”, examina el fundamento y rasgos de esta figura en la jurisdicción contencioso-administrativa. Se pretende, en esta sección del trabajo, determinar cuál es el objeto de estudio.

A continuación, en el capítulo segundo se analizan cuáles son las condiciones de necesaria concurrencia para el otorgamiento de las medidas cautelares. En

[1] CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 14
[2] CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar*..., *cit*., pág. 22

este capítulo se estudia el contexto, constitucional y comunitario, en que se encuentra la tutela cautelar en España; se analizará, de una parte la incidencia de la CE con la consagración de la tutela judicial efectiva en el art. 24.1 y, de otra, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con las setencias *Factortame*, *Suckerfabrik*, etc. Amén del mencionado contexto en que se gesta y desarrolla nuestra institución, se analizarán las leyes reguladoras de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa desde la de 1888 hasta la actual, a fin de determinar sus posicionamientos en este punto.

Por último, se analizará el criterio del *fumus boni iuris*. Este capitulo comienza con una referencia a su concepto y continua con el estudio de la expresión "prohibición de prejuzgar el fondo del asunto". Posteriormente se analiza en qué medida las mecionadas leyes de la jurisdiccion Contencioso administrativa contemplan este criterio y en qué medida lo aplica nuestra jurisprudencia. El estudio continuará con una referencia a la teoría de las nulidades de los actos administrativos y la inactividad y vía de hecho administrativas. Finalmente, en un epígrafe autónomo, precisamos con claridad cuál es el estado actual de la Apariencia de buen derecho.

De este modo, este trabajo tiene dos partes: en primer lugar, un estudio general sobre las medidas cautelares en el contencioso (II y III); y en segundo lugar, un análisis del *fumus boni iuris* (IV).

II. CONCEPTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El objetivo de este apartado es realizar una primera aproximación al instituto de las medidas cautelares. Para ello, en primer lugar (1), nos referiremos al porqué de las medidas cautelares. Y a continuación (2), mencionaremos varios rasgos relevantes de las medidas cautelares, bajo el convencimiento de que la realización de estas precisiones contribuye, también, a la clarificación de la noción y perfiles de esta figura.

1. FUNDAMENTO

La reflexión sobre el sentido de las medidas cautelares tiene una buena expresión en la conocida frase de CHIOVENDA de que "il tempo necessario ad aver ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione"[3]. En otras palabras,

[3] G. CHIOVENDA, Notas a Cass. Roma, 7 de marzo de 1921, en "Giur. civ. e comm.", 1921, pág. 362

“la eficacia de la justicia depende, en gran parte, de la rapidez con que aquélla se otorgue”[4].

Pero además de los atascos y dilaciones existentes en sede judicial, cuando el recurrente es un administrado y el objeto del recurso es un acto administrativo, existe una mayor complicación como consecuencia de la presunción de validez y ejecutoriedad del acto administrativo (arts. 38 y 39.1 LPAC). Todo esto puede suponer, en perjuicio de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), que la sentencia produzca más frustración que justicia[5].

En este escenario es en el que aparecen las medidas cautelares en general y, en particular, en el proceso contencioso-administrativo como un medio cuyo fin es evitar el riesgo de que la justicia pierda su eficacia y, por tanto, deje de ser justicia. En este sentido, CALAMANDREI dirá que las medidas cautelares hacen conciliables dos exigencias de la justicia, conciliación que en el contencioso-administrativo es aún más complicada: la celeridad y la ponderación[6].

2. CARACTERÍSTICAS

Desde un punto de vista doctrinal, puede decirse que las medidas cautelares hacen referencia a un conjunto de instrumentos que pueden ser acordados por el juez a fin de proteger provisionalmente los intereses de las partes de la lentitud de la decisión jurisdiccional definitiva; instrumentos que se caracterizan por las notas de instrumentalidad (a), provisionalidad (b), urgencia (c), funcionalidad (d) y jurisdiccionalidad (e).

La nota principal de las medidas cautelares es su **instrumentalidad**. A la aprehensión del concepto de esta nota ayuda, sin duda, acudir a CALAMANDREI, que dirá que las medidas cautelares son “instrumentos del instrumento”[7]. Quiere esto decir que la instrumentalidad no es otra cosa que el vínculo o relación existente entre la medida cautelar y el proceso de fondo; esto es, las medidas cautelares tienen carácter vicarial respecto del proceso principal. Dicho de otro modo, la instrumentalidad “determina que la vida de la medida cautelar siga la suerte de la pretensión principal (...)”[8].

---

[4] CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1991

[5] T. FONT I LLOVET, *Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos*, “REDA”, 34, 1982, pág. 477

[6] CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, CEDAM, Padova, 1936, pág. 4.

[7] CALAMANDREI, P., *Introduzione*..., *cit.*, pág. 22

[8] CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar*..., *cit.*, pág. 33

La segunda nota esencial de las medidas cautelares es la **provisionalidad**. Este carácter se refiere a que la vigencia de la medida cautelar está limitada en el tiempo[9]: la medida cautelar dura mientras dure el proceso; dura hasta que recaiga resolución definitiva en el mencionado pleito.

Entre las características de las medidas cautelares está también la **urgencia**. La urgencia hace referencia a la necesaria sumariedad o celeridad con que deben resolverse o ventilarse los procedimientos cautelares[10]. Esta nota conlleva, entre otras consecuencias, la reducción de los plazos procedimentales del procedimiento cautelar, o la creación del instituto de las medidas provisionalísimas (acogidas en el art. 135 LJCA)

Instrumentalidad, provisionalidad y urgencia son tres notas esenciales de la tutela cautelar, como vimos. A estas hay que añadir la **funcionalidad**, que consiste en la relación entre la medida cautelar solicitada y el derecho que se desea proteger[11], o, como dice CORTÉS DOMÍNGUEZ[12], "la medida cautelar tiene que adaptarse perfectamente a la naturaleza del derecho que se ejercita y se pretende". Una consecuencia obvia de la funcionalidad es que solo es válida la medida cautelar que tiene un vínculo con el derecho objeto de protección: no todas las medidas cautelares reconocidas en nuestro ordenamiento se pueden aplicar al proceso de que se trate.

Otro rasgo caracterizador del instituto de las medidas cautelares es la **jurisdiccionalidad**. En efecto, como sostiene la mayoría de la doctrina (SERRA DOMÍNGUEZ, GARBERI LLOBREGAT, CHINCHILLA) y a despecho del parecer minoritario (p. ej., HERCE QUEMADA), las medidas cautelares tienen carácter jurisdiccional, en cuanto que son adoptadas en un proceso judicial. No obstante, siguiendo el criterio expuesto, también podremos hablar de medidas cautelares administrativas, cuando no sea el Juez el que las adopte sino la Administración. Ello, entonces, nos conduce al examen del régimen de suspensión de la ejecución del acto impugnado en el marco de la revisión de la legalidad en vía administrativa, donde deben distinguirse dos sistemas de control interno, la revisión de oficio y los recursos administrativos[13].

---

[9] CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar*..., *cit*., pág. 34

[10] DE LA SIERRA, S, *Tutela cautelar*..., *cit.*, pág. 58

[11] DE LA SIERRA, S, *Tutela cautelar*..., *cit.*, pág. 60

[12] V CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal*, tomo I, volumen II de la obra colectiva de V. GIMENO SENDRA, V. MORENO GALENA, J. ALMAGRO NOSETE y el autor citado, Tirant to Blanch, Valencia, 1989, pág. 469

[13] Siguiendo a SANTAMARÍA PASTOR, el control de la actividad administrativa puede ser realizado por la propia administración o por los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (art. 106.1 CE). Pues bien, estamos ante el primer caso, esto es, en sede de la revisión de la legalidad en vía administrativa. Y en este marco, los cauces formales a través de los cuales la Administración puede revisar sus propios actos y disposiciones (o, con otras palabras, los sistemas de control interno) son, fundamentalmente, dos: de un lado, la revisión

III. LAS CONDICIONES DE ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: ANÁLISIS HISTÓRICO-NORMATIVO

1. INTRODUCCIÓN

Si en el capítulo anterior (I) abordamos la noción y rasgos de las medidas cautelares, sabemos ya el *qué*. Y nos quedará, por tanto, abordar el *cómo* (II), esto es, qué requisitos, condiciones o presupuestos son necesarios para adoptar estas medidas en el marco del proceso contencioso-administrativo[14].

El examen de este tema se realizará distinguiendo dos bloques. En el primero (2) se analizarán dos leyes reguladoras de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la de 1888 y la de 1956 (a y b), amén del contexto constitucional (c) y comunitario (d), ya que ambos han sido determinantes del desarrollo de la tutela cautelar en España, de suerte que despojados de ciertos datos respecto de los mismos una explicación de esta materia adolecería de importantes lagunas. Y en el segundo bloque (3) analizamos el régimen (general, como diremos ahora) actual, previsto en la Ley de 1998.

Por otra parte, conviene precisar que en relación a los requisitos necesarios para adoptar medidas cautelares, otro tema de inexcusable tratamiento es el de la existencia de, por un lado, un régimen general de tutela cautelar, y, por otro, un conjunto de supuestos específicos (ámbitos jurídico-materiales concretos) sometidos a regímenes diferenciados de tutela cautelar. Hablamos, por tanto, de dos esferas distintas:

-en primer lugar, de unos caracteres generales del régimen de tutela cautelar;

---

de oficio y, de otro, los recursos administrativos; sistemas o vías de revisión que se encuentran reguladas en el Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En todo caso, debe precisarse que la suspensión de la eficacia de los actos administrativos en tanto que medida cautelar puede adoptarse en todo tipo de procedimientos de revisión de la legalidad de un acto administrativo: se podrá acordar la suspensión del acto, entonces, en la revisión de oficio (art. 108 LPAC) y en los recursos administrativos (art. 117 LPAC), por un lado, y, por otro, en el proceso contencioso-administrativo (arts. 129 y ss. LJCA).
SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General Tomo II*, Ed. Iustel, Ed. 5ª, Madrid, 2018, págs. 144 y ss. y 529 y ss.

[14] El instituto de las medidas cautelares es un tema transversal: la subfunción cautelar en tanto que parte de la función jurisdiccional (art. 117.3 CE) no solo tiene presencia en un único sector del ordenamiento jurídico. Pues bien, nuestro análisis se refiere solamente a la jurisdicción contencioso-administrativa (a la legislación procesal administrativa).

-y, en segundo término, de ciertos sectores materiales del Derecho que han sido, y son, objeto de regulaciones específicas.

Nuestro comentario se referirá solamente en el análisis del régimen general, prescindiendo, pues, de los casos de la legislación especial, como son, por ejemplo, el medio ambiente, la extranjería y asilo político y la materia tributaria.

2. LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. DE 1956 HASTA LA ACTUALIDAD.

2.1. Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1888

La primera Ley de lo Contencioso-Administrativo que examinamos es la de 1888, cuyo artículo 100 dispone:

> "Los Tribunales de lo contencioso-administrativo podrán acordar, oído el Fiscal, la suspensión de las resoluciones reclamadas en la vía contenciosa cuando la ejecución pueda ocasionar daños irreparables, exigiendo fianza de estar a las resultas al que hubiere pedido la suspensión.
>
> Si el Fiscal se opusiere a la suspensión, fundado en que de ésta puede seguirse perjuicio al servicio público, no podrá llevarse a efecto sin acuerdo del Gobernador o del Gobierno, según que la resolución reclamada proceda de la Administración local o provincial, o de la central, los cuales expondrán como fundamento de su acuerdo las razones que aconsejen tal medida
>
> Cuando de la suspensión de las resoluciones de que trata el párrafo anterior pueda seguirse menoscabo al servicio público, se limitará el Tribunal a dar curso a las pretensiones de suspensión, elevándolas con su informe al Ministro o Autoridad a quien incumba resolverlas".

Del mencionado artículo podemos destacar las siguientes notas de las medidas cautelares[15]:

-en primer lugar, sólo se prevé la suspensión de los actos administrativos como medida cautelar ("la suspensión de las resoluciones");

-en segundo término, el único criterio de adopción de esa medida es el *periculum in mora* (daño irreparable);

-otra nota es que se exige la opinión favorable del Fiscal, y si no se obtiene, la suspensión sólo procede si existe acuerdo del Gobernador o el Gobierno;

-además, se exige automáticamente la fianza (lo que hoy, sería inviable por la operatividad de la tutela judicial efectiva);

[15] DE LA SIERRA, S, *Tutela cautelar*..., *cit.*, pág. 156

-por último, el precepto contempla una previsión procedimental para el caso de que la suspensión pueda generar perjuicio al servicio público.

2.2. Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956

A nuestros efectos, de este texto normativo interesa destacar las siguientes disposiciones:

> "**Artículo ciento veintidós**.—1) La interposición del recurso contencioso-administrativo no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición objeto del mismo, salvo que el Tribunal acordare, a instancia del actor, la suspensión.
>
> 2) Procederá la suspensión cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.
>
> **Artículo ciento veintitrés**.— 1) La suspensión podrá pedirse en cualquier estado del proceso, en primera o segunda instancia, y se sustanciará en pieza separada.
>
> 2) Solicitada la suspensión se oirá al Abogado del Estado y a las partes demandadas y coadyuvantes, si hubieren comparecido, por término común de cinco días, y si el Abogado del Estado se opusiere a la misma, fundado en que de ésta puede seguirse grave perturbación a los intereses públicos, que concretará, no podrá el Tribunal acordarla sin que previamente informe el Ministerio o autoridad de que procediese el acto o la disposición objeto del recurso. *
>
> 3) Emitido el informe, o transcurrido un plazo de quince días sin haberlo recibido, el Tribunal acordará lo procedente
>
> 4) En los recursos que las Corporaciones Locales interpongan ante las Salas de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales contra acuerdos de las Delegaciones de Hacienda sobre aprobación o modificación de las Ordenanzas de Exacciones, podrán pedir, ai iniciarlos, que, con carácter previo y urgente, atendidas las circunstancias de toda índole que lo aconsejen, se declare por el Tribunal, y con audiencia del Abogado del Estado, la aplicación provisional de los preceptos discutí dos, y la resolución que sobre este particular se dicte no será apelable.
>
> **Articulo ciento veinticuatro**.—1) Cuando el Tribunal acuerde la suspensión exigirá, si pudiera resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero, caución suficiente para responder de los mismos.

2) La caución habrá de constituirse en metálico o fondos públicos, depositados en la Caja General de Depósitos o en las sucursales de provincia, o en las las Corporaciones locales, respectivamente; o mediante aval bancario.

3) El acuerdo de suspensión no se llevará a efecto hasta qué la caución esté constituida y acreditada én autos.

4) Levantada la suspensión, al término del recurso o por cualquier otra causa, la Administración o persona que pretendiese tener derecho a indemnización de los daños causados por la suspensión, deberá solicitarlo ante" el Tribunal por el trámite de los incidentes, dentro del año siguiente a la fecha en que aquélla hubiese quedado alzada; y si no se formulare la solicitud dentro de dicho plazo, o no se acreditase el derecho, se cancelará seguidamente la garantía constituida.

Artículo ciento veinticinco.—Acordada por el Tribunal la suspensión se lo participará a la Administración que hubiere dictado el acto o la disposición, siendo aplicable a la efectividad de la suspensión lo dispuesto en el Capítulo III de este Título".

Podemos realizar varias apreciaciones[16]:

-Primero, el legislador habla de daño difícilmente reparable, y no, como en texto de 1888, de daño irreparable.

-Segundo, la exigencia de fianza ha desaparecido, a diferencia del texto anterior, como vimos, donde regía su exigencia automática y sin excepciones.

-Además, se ha eliminado la intervención de la Administración en la hipótesis de que el Fiscal se oponga a la suspensión; intervención esta existente en la anterior ley.

-Aunque de la lectura del art. 122 pareciera que este beneficia ampliamente al administrado (en perjuicio, por tanto, de la Administración), esto no fue así, dado que la jurisprudencia introdujo como criterio corrector de la literalidad del precepto el apartado 7º de la Exposición de motivos de esta ley, lo que supuso una limitación a la suspensión[17]. Es decir, la aplicación rigurosa de la norma aparentemente favorecía al particular, pero la conexión de la misma con la Exposición de motivos invertía la situación en favor de la Administración. En este sentido, el mencionado apartado de la Exposición de Motivos: "En orden a la suspensión, la Ley la admite cuando la ejecución hubiere de ocasionar *daños de reparación imposible o difícil*. Al juzgar sobre su procedencia se debe

[16] DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar*..., *cit.*, pág. 157

[17] Es decir, por temor a que la aplicación del párrafo segundo del art. 122 diera lugar a la paralización de la Actividad de la administración, la jurisprudencia introdujo como principio corrector el mencionado apartado de la Exposición de Motivos, donde se menciona el interés público como límite o elemento moderador de la suspensión. AATS 10-mayo-1990; 24-mayo-1990; 11-diciembre-1990; 30-enero-1992. JIMÉNEZ PLAZA, C., *El fumus boni iuris: Un análisis jurisprudencial*, Ed. Iustel, Madrid, 2005, págs. 33 y ss.

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" (las cursivas son mías). Sin embargo, tras la promulgación de la Constitución de 1978 y el reconocimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la suspensión ya no podía pivotar sobre el binomio art. 122 LJCA'1956-Exposición de Motivos, sino que la Carta Magna impuso una reinterpretación[18].

2.3. Influencia de la Constitución Española de 1978: la tutela judicial efectiva

El punto de partida lo constituye el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva en el art. 24 de nuestra Carta Magna, que dice que "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión". La constitucionalización de este derecho tiene una importancia capital en materia de tutela cautelar dado que las medidas cautelares han sido incluidas (ubicadas o integradas) en el derecho a la tutela judicial efectiva desde la primera jurisprudencia de nuestro Tribunal constitucional; planteamiento este que equivale a decir que, entre el abanico de derechos que integra el derecho a la tutela judicial efectiva, se halla la garantía de la efectividad de la sentencia, con la consecuente extensión del alcance o campo de este derecho constitucional fundamental. Así, la STC 66/1984, de 6 de junio, FJ 3º, pondrá de manifiesto la integración de la tutela cautelar en la tutela judicial efectiva diciendo que "(e)l derecho a la tutela se satisface, pues facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión".

Precisa también esta idea la STC 14/1992 (FJ 7º): "la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso". Y sigue con esta línea jurisprudencial la STC 78/1996 (FJ 3º): (...) de este mismo derecho fundamental (se refiere al del art. 24.1 CE) deriva la potestad jurisdiccional para adoptar medidas cautelares y suspender la ejecución por los motivos que la Ley señala".

[18] Para ilustrar esta idea, sirva esta cita a DE ENTERRÍA: "El que la condición del otorgamiento de medidas cautelares no sea la simple existencia de perjuicios, sea cual sea su grado de reparabilidad, sino el riesgo de frustar la efectividad de la tutela que ha de dispensar la Sentencia final a quien tiene derechos o intereses legítimos (...)". GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, págs. 172 y 173

Asimismo, el ATS de 20 de diciembre de 1990[19] ilustra bien la idea de que, pese a que el art. 24.1 CE no se refiera expresamente a las medidas cautelares, la tutela cautelar está vinculada al derecho de una tutela judicial efectiva. En palabras del Tribunal: "(...) (el) derecho a una tutela judicial efectiva (...) implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar".

Este mismo planteamiento podemos apreciarlo, también, desde el punto de vista del Derecho comunitario, en la sentencia *Zuckerfabrick* (párrafo 17), de 1991, en que el Tribunal de Justicia sostiene que en la tutela judicial efectiva se encuentra incluida expresamente la tutela cautelar:

> "Este derecho se pondría en peligro si, en espera de una sentencia de este Tribunal de Justicia, único competente para declarar la invalidez de un Reglamento comunitario (véase sentencia de 22 de octubre de 1987, Foto-Frost, 314/85, Rec. p. 4199, apartado 20), el justiciable, siempre que se cumplan determinados requisitos, no pudiera conseguir una resolución de suspensión que permitiera paralizar, en lo que a él se refiere, los efectos del Reglamento impugnado."

También la exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 asume la tutela judicial efectiva en tanto que pilar constitucional de las medidas cautelas, cuando dice que "(s)e parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente (...)".

Por otra parte, del planteamiento de la relación entre la tutela judicial efectiva y la tutela cautelar deriva la paulatina consolidación de la tutela cautelar frente al privilegio de ejecutividad de los actos administrativos, regulado en los arts. 103 CE y los arts. 38, 39.1 y 99 LPAC. Este poder exorbitante, pues, tiene como límite la tutela judicial efectiva, de modo que, si bien tradicionalmente nuestro ordenamiento ha mostrado reticencia a la aceptación de la suspensión de los actos administrativos o la adopción de otra clase de medidas cautelares frente a estos, el derecho a la tutela judicial efectiva exige que la regla general no sea la no adopción de medidas provisionales que puedan afectar a la ejecutividad de los actos administrativos, sino que el administrado tenga la posibilidad de que el juez resuelva sobre la pretensión cautelar. En este sentido, la STC 66/1984 (FJ 3º):

> "La cuestión se centra, por tanto, en si el art. 24.1 de la Constitución impone una reinterpretación de los textos que en nuestro Derecho contienen las reglas respecto a la ejecutividad. La ejecutividad de los actos sancionadores pertenecientes a la categoría de los de este recurso no es algo indefectiblemente contrario al derecho a la tutela judicial efectiva. En el caso presente, estando abierto el control judicial, por la vía incidental con ocasión de

[19] Para un comentario crítico de este auto puede acudirse a DE ENTERRÍA. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por*..., *cit.*, págs. 159 y ss.

la impugnación del acto, de modo que se garantice la valoración de los intereses comprometidos por la ejecutividad, o por la suspensión, intereses que son, junto a los de las partes en eventual litigio, los intereses generales, y a la técnica preventiva que es propio de lo pendiente de decisión judicial, el contenido esencial del derecho a la tutela judicial no padece. La rigurosidad de la regla de la no suspensión arbitrando para las hipótesis estimatorias del recurso difíciles fórmulas reintegrativas o permitiendo situaciones irreversibles, o generando de una u otra forma limitaciones carentes de justificación respecto al acceso a la jurisdicción, podrán dañar el derecho a la tutela judicial, y justificarán que desde la idea del art. 24.1 de la Constitución, se reinterpreten los preceptos aplicables (entre ellos, el art. 122.2 de la L.J.C.A.). Sin embargo, no se podrá, acudiendo a la mención de aquel precepto constitucional, entenderse desaparecida la ejecutividad, o poniendo más el acento en uno de aquellos intereses que en otro, relegar o despreciar otros, tanto generales como de terceros. *El derecho a la tutela se satisface, pues facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión*" (las cursivas son mías).

También puede citarse la STC 238/1992 (FJ 3º):

"Debemos comenzar señalando que la posibilidad legal de solicitar y obtener de los órganos jurisdiccionales la suspensión del acto administrativo impugnado se configura como un límite a la ejecutividad de las Resoluciones de la Administración. Debe tenerse en cuenta al respecto que esa ejecutividad, manifestación de autotutela administrativa, no pugna, en sí misma, con regla o principio alguno de la Constitución (STC 22/ 1984, fundamento jurídico 4.") que ha configurado a la Administración Pública como institución al servicio de los intereses generales, y cuya actuación ha de quedar informada, entre otros principios, por el de eficacia (art. 103.1 C.E.). Pero la acomodación a la Constitución de tal prerrogativa no permite desconocer que, en determinadas circunstancias, su ejercicio pudiera implicar, cuando el acto administrativo hubiera sido impugnado en vía jurisdiccional. una merma en la efectividad de la tutela judicial. La potestad jurisdiccional de s·uspensión. como todas las medidas cauterales, responde así a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el arto 24.1 C.E.) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento.

(...)

En consecuencia, reconocida por ley la ejecutividad de los actos administrativos, no puede el mismo legislador eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la Sentencia estimatoria que pudiera dictarse en el proceso contencioso-administrativo; pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una

> garantía que, por equilibrar y ponderar la incidencia de aquellas prerrogativas, se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Para que ésta se considere satisfecha. es. pues, preciso que se facilite que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión del un Tribunal. y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, pueda resolver, sobre su eventual suspensión (STC 66/1984, fundamento "jurídico 3.°). Ello. desde luego, sin perjuicio del margen de discrecionalidad del legislador para modular o condicionar la concesión de esa suspensión y del margen de apreciación del juzgador para conceder o negar. ponderadas las circunstancias del caso, la suspensión pedida (STC 66/1984, fundamento jurídico 3.°)".

Y en la jurisprudencia ordinaria, entre otros, el ATS 8-5-2012 indica que:

> "Entre otros muchos aspectos de la jurisdicción y del proceso contencioso-administrativo que experimentaron el influjo directo de la Constitución se encuentra el de las medidas cautelares, a través de las exigencias del derecho a la *tutela judicial efectiva* que se reconoce en el artículo 24.1 de dicha Norma Fundamental, de tal manera que la *suspensión cautelar de la ejecutividad de la disposición o del acto administrativo* deja de tener carácter excepcional y se convierte en instrumento de la tutela judicial ordinaria" (las cursivas son mías).

En suma, deben retenerse dos ideas. De un lado, las medidas cautelares son parte integrante del derecho a una tutela judicial efectiva, de suerte que cabe afirmar que no hay tutela judicial efectiva (esta se vaciaría) si no se establecen medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución futura definitiva que se dicte; o, dicho de otro modo, el imperativo constitucional es que la tutela ha de ser efectiva y, en consecuencia, si existe la duda de que la sentencia no puede llevarse a efecto, se deben acodar medidas. Y de otro, como efecto de este planteamiento general, la tutela judicial efectiva constituye un límite al poder exorbitante que es el privilegio de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

2.4. Influencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

La evolución de la tutela cautelar en España se ha visto fuertemente condicionada no solo por el contexto constitucional (analizado supra) sino también por el contexto comunitario[20]. Por ello, en este epígrafe analizamos algunas de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que tienen relevancia en materia de tutela cautelar, con especial atención en los requisitos que determinan la adopción de las medidas

[20] DE LA SIERRA, S, *Tutela cautelar*..., *cit.*, pág. 79

cautelares. Hablamos de los asuntos *Factortame*[21], *Zuckerfabrik*[22], *Atlanta*[23] y *T. Port*[24].

Previamente debe dejarse apuntado que cada uno de estos pronunciamientos relevantes en relación al sistema cautelar tiene como presupuesto teórico las cuestiones prejudiciales (art. 256.3 TFUE)[25], mecanismo de preguntas-respuestas que supone, como es sabido, el planteamiento de una duda por un Juez nacional y la resolución de la misma por el Tribunal de Justicia (diálogo interjurisdiccional).

2.4.1. La sentencia Factortame

En síntesis, en este asunto se plantearon "dos cuestiones prejudiciales (...) relativas al alcance de la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales para ordenar medidas provisionales cuando se cuestionan derechos ejercitados al amparo del Derecho comunitario" (I)

El tribunal concluyó, lacónicamente, su sentencia afirmando que "(e)l Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, que esté conociendo de un litigio relativo al Derecho comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales".

En lo que aquí importa, el Tribunal no respondió a la pregunta de cuáles son las condiciones de adopción de las medidas cautelares, cosa que sí hizo en la sentencia *Zuckerfabrick* (como veremos) y cosa que también hizo el Abogado General.

En las Conclusiones del Abogado General TESAURO (párrafo 33), este incluye cuatro criterios: el *periculum in mora*, el *fumus boni iuris*, la ponderación de intereses y finalmente, la toma en consideración del interés público

2.4.2. La sentencia Zuckerfabrick

De este asunto interesa destacar la cuestión de "la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales (...) para suspender la ejecución de un acto administrativo nacional basado en un Reglamento comunitario (...)" (I). Es decir, se discute la facultad de un juez nacional para suspender cautelarmente la

[21] Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 1990. C-213/89
[22] Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1991. Asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89
[23] Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1995. C-465/93.
[24] Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 1996. Asunto C-68/95.
[25] DE LA SIERRA, S, Tutela cautelar..., cit., pág. 85

eficacia de un reglamento comunitario de modo que no se ejecute un acto administrativo que lo desarrolla.

El tribunal sostiene que el juez nacional sí puede suspender el acto impugnado, pero siempre que concurran una serie de condiciones:

-la primera exigencia es que el juez nacional esté convencido de la existencia de serias dudas sobre la validez del reglamento comunitario en que se base el acto administrativo impugnado (párrafo 23)

-el segundo requisito es "que la suspensión de la ejecución debe tener un carácter provisional" (párrafo 24)

-además de las condiciones de serias dudas sobre la legalidad de la norma comunitaria y la provisionalidad de la medida cautelar, el Tribunal impone como tercera condición de adopción el *periculum in mora* (párrafos 25 y 26)

-en cuarto lugar, el *fumus boni iuris* (párrafos 25 y 26, de nuevo)

-finalmente, el Tribunal exige que los jueces nacionales tomen en consideración el interés de la Comunidad (párrafo 32)

2.4.3. La sentencia Atlanta

En este pronunciamiento, el Tribunal da respuesta a la pregunta de si "(...) un órgano jurisdiccional nacional (...) (puede) adoptar medidas cautelares que acuerden la inaplicación de un Reglamento hasta que el Tribunal de Justicia (...) se pronuncie sobre la validez de dicho Reglamento" (I).

El Tribunal responde afirmativamente a esta pregunta, precisando qué condiciones deben regir la adopción de medidas cautelares. Con remisiones a Zuckerfabrik, se refiere a estos criterios: las dudas serias sobre la validez del reglamento[26], la provisionalidad, el *periculum in mora* ("cuando exista urgencia, en el sentido de que las medidas cautelares son necesarias para evitar que la parte que las solicita sufra un perjuicio grave e irreparable"), el *fumus boni iuris* y la toma en consideración del interés de la Comunidad ("cuando el órgano jurisdiccional tenga debidamente en cuenta el interés de la Comunidad")

2.4.4. La sentencia T. Port

[26] Conviene detenerse un momento en el primer (serias dudas) y cuarto (fumus) criterio para indicar que hay autores, como DE LA SIERRA, que los identifican; pero, por ejemplo, DE ENTERRÍA considera que estos dos criterios son diferentes. DE LA SIERRA, S, *Tutela cautelar*..., *cit*., pág. 60. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por*..., *cit.*, págs. 138 y 139

Poco después de la sentencia Atlanta, el Tribunal se pronunció una vez más sobre la tutela cautelar. En esta ocasión, se plantearon tres cuestiones prejudiciales, de las que interesa la tercera, relativa a la facultad del Juez nacional para adoptar medidas cautelares mientras que una institución comunitaria no adoptara una norma para regular los “casos de rigor excesivo” (expresión del Reglamento afectado).

La respuesta del Tribunal de Justicia fue que “(e)l Tratado (...) no autoriza a los órganos jurisdiccionales nacionales a ordenar medidas provisionales, en el marco de un procedimiento dirigido a otorgar una protección cautelar, mediante procedimiento de medidas provisionales, hasta que la Comisión haya adoptado un acto jurídico para regular, conforme al artículo 30 del Reglamento n° 404/93, los casos de rigor a los que deben enfrentarse los operadores”.

Esta sentencia supone, por tanto, un freno a los poderes de los jueces nacionales, al no poder estos adoptar tales medidas en tanto esperan la respuesta de la Institución comunitaria (inactividad de la institución, pues), y por tanto, también un freno a la tendencia jurisprudencial garantista de este tribunal; lo que ha sido objeto de abundantes críticas.

3. LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE 1998

Vistos los precedentes de la actual Ley de lo Contencioso-Administrativo vigente y los contextos constitucional y comunitario, corresponde ahora detenerse en la Ley de 1998 para analizar las actuales condiciones de adopción de las medidas cautelares recogidas expresamente en la Ley: el *periculum in mora* (a) y la ponderación de intereses (b). El *fumus boni iuris*, en tanto que criterio que no se reconoce en la Ley pero cuya aplicación es admitida por la jurisprudencia en determinados casos, será analizado en el siguiente apartado del trabajo.

En todo caso, debe advertirse, como también hicimos antes, que esta exposición da cuenta de los caracteres generales del régimen de la tutela cautelar, y a salvo quedan, pues, ciertos sectores materiales del Derecho que tienen regulaciones específicas (por ejemplo, el Derecho ambiental, como indicamos).

3.1. El *periculum in mora*

El primer requisito que el régimen general de tutela cautelar de la Ley de 1988 exige para adoptar una medida cautelar es el *periculum in mora*. Así, el art. 130.1 LJCA:

> "cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso"

Siguiendo a DE LA SIERRA[27], el *periculum in mora* en el marco de la tutela cautelar puede **entenderse** como "el peligro para el demandante de sufrir un perjuicio grave e irreparable en sus bienes, derechos, intereses o situación jurídica".

En cuanto a la denominación que recibe este elemento en el Derecho español, se habla de daño (a), perjuicio (b), de daño o perjuicio (c), esto es, una fórmula dual que liga los anteriores términos con la conjunción "o", y también de pérdida de finalidad legítima (c). Especialmente interesante es esta última, habida cuenta de que es la fórmula elegida por el legislador (art. 130.1):

> "(...) cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".

En cuanto a los **caracteres** del daño en el Derecho español Según DE LA SIERRA[28], se identifican ciertos requisitos generales que deben presentar estos daños: a) deben ser daños ciertos y reales, b) debidamente justificados, c) que guarden un nexo de causalidad con la ejecución del acto recurrido, d) y además, de manera tradicional se ha dicho que el daño debe ser material (no afectivo, pues). De modo que, en sede cautelar, para justificar la adopción de la medida cautelar, se requieren unas especiales condiciones del perjuicio. Así, en relación al requisito "b)", el ATS de 25 de enero de 1999 sostiene que

> "(...) la ejecución en vía jurisdiccional de los actos administrativos recurridos requiere que su ejecución pueda ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, lo que, a su vez, comporta que quien lo solicite acredite de alguna forma la posibilidad de que tales consecuencias dañosas se produzcan".

De manera, más reciente, también en relación al mencionado requisito, el ATS 7798/2023, de 13/06/2023, donde la parte actora como medida cautelar solicita la suspensión de los arts. 34.3 y 36.2 del anexo X del Real Decreto 35/2023, de 24 de enero, por el que se aprueba la revisión de los planes hidrológicos de las

---

[27] DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar*..., *cit.*, pág. 226
[28] DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar*..., *cit.*, pág. 241

demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro:

> "Sin contar con el criterio restrictivo que asume la jurisprudencia respecto de la suspensión cautelar de disposiciones generales, precisamente por los intensos *intereses públicos* vinculados a su vigencia y aplicación efectiva, (AATS de 9 de mayo de 2017, rec. 4434/2016 o de 10 de noviembre de 2022, rec. 848/2022, entre otros muchos), debemos rechazar que, de no acordarse la suspensión, se *prive de finalidad legítima al recurso o padezca la efectividad de la sentencia* que pueda en su día dictarse a la vista de la escasa argumentación con la que la actora se refiere al *periculum in mora*, limitándose en su escrito de interposición a señalar que "resulta evidente su existencia derivada del hecho de que si se otorgan concesiones del nuevo recurso de aguas desalinizadas mientras se tramita el presente recurso contencioso-administrativo al amparo de las previsiones legales impugnadas, se crearía una situación consolidada de hecho que haría perder toda su eficacia a un eventual pronunciamiento sobre las pretensiones de esta parte...". Afirmación con la que no cabe entender cumplida, con un mínimo de fundamentación, la carga que le incumbe de *acreditar dicho perjuicio*" (las cursivas son mías)

No obstante, debe llamarse la atención en que, del mismo modo que respecto de los requisitos de adopción de las medidas cautelares en general existen sectores donde la regulación es específica, también en lo que respecta al perjuicio existen especialidades según ámbitos materiales. Un claro ejemplo es, de nuevo, el medio ambiente.

3.3. La ponderación de intereses

El tercer presupuesto o criterio de necesaria concurrencia para adoptar una medida cautelar al amparo del régimen general es la ponderación de intereses. El legislador incluye este criterio en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. En este sentido, el art. 130 LJCA:

> "1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto (...)".
>
> "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".

Es decir, la LJCA impone al órgano judicial la obligación de efectuar una "valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto", a saber, una ponderación comparativa de los perjuicios que los intereses contrapuestos pueden padecer si se otorga o deniega la medida solicitada. Y por este motivo, la medida podrá ser denegada cuando de su adopción "pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o

Tribunal ponderará en forma circunstanciada". Se ponderará, entonces, el interés del *recurrente* con el interés *público* (esto es, el interés de la parte contraria, la Administración) y el interés de *terceros* afectados. Como expresión de lo dicho, el ATS de 5 de febrero de 2001 (FJ 5º) sostiene que

> "(...) la ponderación entre el *interés privado de la recurrente* y ese *interés público* (...) (es) el que ha de valorarse, y no parece, en estos términos, caber duda en ese extremo, en el sentido de protección de ese *interés público* (...)" (las cursivas son mías).

De este modo, además de las mencionadas características del perjuicio, significativas –como dijimos- en la determinación de la adopción o no de la medida cautelar, se debe demostrar la preponderancia del mencionado perjuicio frente al perjuicio alegado por la parte contraria o frente a perjuicios causados a distintos intereses en juego, también en orden a otorgar o no la medida. Por tanto, el juez, normalmente, atraviesa dos fases: la de constatar que el perjuicio reúne las mencionadas características (b) y, también, la de ponderar los intereses en juego (c). Así, el ATS 4395/2024, de 10/04/2024, donde el recurrente solicita la adopción de la medida cautelar positiva de valorar provisionalmente ciertos méritos méritos y que se le permita efectuar la siguiente prueba en el proceso selectivo previsto para dentro de una semanas:

> "Conforme se dijo en el citado auto debe otorgarse la medida cautelar para evitar que el recurso pier*da su finalidad o la perjudique en grado muy acusado*, sin que se adviertan los perjuicios a los *intereses generales*" (las cursivas son mías).

IV. EL *FUMUS BONI IURIS*

En este apartado del trabajo, analizaremos el tratamiento del *fumus boni iuris* en el contencioso, para lo que, en primer lugar, conceptualizaremos este instituto (1) y lo pondremos en relación con su límite más claro, a saber, la prohibición del prejuicio del fondo (2). Asimismo, observaremos cómo este criterio no se ha previsto en ninguna de nuestra leyes reguladoras de la jurisdicción contencioso-administrativa y, sin embargo, nuestra jurisprudencia admite su aplicación aunque restrictivamente (3). A ello seguirán consideraciones relacionadas con los actos administrativos (en particular la teoría de las nulidades), la inactividad y la vía de hecho de la Administración (4), para, finalmente, referirse de manera separada a cuál es exactamente el tratamiento (jurisprudencial) actual de esta figura (5).

1. CONCEPTO

Siguiendo a CALAMANDREI[29] y a la doctrina mayoritaria, el juicio cautelar "se limita en todo caso a un juicio de probabilidad o de verosimilitud". El fumus implica, pues, la realización, por el juez, de un cálculo de probabilidades de la existencia de un derecho; hablamos, por consiguiente, de *apariencia* de derecho o de la *verosimilitud* del derecho pretendido por el actor. Este principio jurídico alude, en definitiva, a la "*probabilidad* de que la tutela sea legítima"[30].

Del mismo modo que el *periculum in mora* era denominado de diversas maneras, el *fumus boni iuris* ha recibido varias denominaciones en nuestro país. Así, se ha hablado de "apreciación con evidencia" (a), de "perspectivas de éxito de la demanda" (b) o de "falta de contestación seria" (de la Administración) (c). Pero en España la expresión más frecuente es "*fumus boni iuris*", traducida normalmente como "apariencia de buen derecho".

Y también en el Derecho comunitario la terminología es plural. Se utilizan, por ejemplo, las expresiones "alegaciones serias" (a), "serias dudas" sobre la legalidad de la decisión (b); o se alude, asimismo, a demanda "no manifiestamente desprovista de fundamento"[31] (c) o "alegaciones que justifiquen a primera vista la medida"[32] (d)

2. LA PROHIBICIÓN DE PREJUZGAR EL FONDO

A nuestro entender, los preceptos constitucionales que mayor conexión guardan con el instituto del fumus son dos: por un lado, el que consagra la tutela judicial efectiva (a); y por otro, el que contempla el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba (b). Ambos son derechos fundamentales previstos en el art. 24 CE:

> "1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

[29] CALAMANDREI, P., *Introduzione*..., *cit*., pág. 63
[30] QUINTANILLA LÓPEZ, T., *Las medidas cautelares en el proceso administrativo italiano*, "REDA", nº 64, 1989, p. 538
[31] Auto del Presidente del TJCE de 16 de enero de 1975, 3/75, Rec. 1975
[32] Por ejemplo, el auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 23 de mazo de 2001, C-7/01 P, Rec. 2001

> 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.
>
> La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

Mas la relación del fumus con estos dos derechos no es aislada, sino que están en estrecha conexión: la apariencia de buen derecho como presupuesto de adopción de estas medidas, pues, conecta claramente con la tutela judicial efectiva, primero, y, segundo, con el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba. Se da, por tanto, una triple relación: la del fumus con la tutela judicial efectiva y, a su vez, con la prohibición de prejuzgar el fondo (y por tanto con ese otro derecho fundamental). Pone de manifiesto esta conexión el ATS de 4 de noviembre de 1998[33]:

> "(...) de lo contario, se prejuzga la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a una tutela judicial efectiva se vulnera otro derecho, también fundamental y recogido en el art. 24 de la vigente CE, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba (...)".

Ya que anteriormente, al examinar la influencia de la CE, se ha tratado sobre la tutela cautelar y la tutela judicialmente efectiva, corresponde aquí el análisis de la conexión del derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba (art. 24.2 CE) con el humo de buen Derecho en las medidas cautelares

1.El fundamento de la prohibición de prejuzgar el fondo, su limitación al fumus y la posibilidad de eliminar esta prohibición.

Tradicionalmente se considera que la prohibición de prejuzgar el fondo constituye un *límite*, en general, para la adopción de medidas cautelares y, en particular, para la aplicación del criterio del *fumus boni iuris*[34]. No es de extrañar la existencia del peligro de tal prejuicio al momento de analizar el fumus, ya que el juez debe (como dijimos al conceptualizar el instituto) realizar una evaluación de las posibilidades de éxito de la demanda principal.

---

[33] Otro ejemplo ilustrativo es el Auto de 4 de octubre de 2000 (FJ 2º): "La medida de la suspensión cautelar debe ser decidida sin pronunciarse sobre la cuestión de fondo que ha de constituir el objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario, se prejuzgaría dicha cuestión, con el posible riesgo, a evitar en lo posible, de que por amparar el derecho a una tutela judicial se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el art. 24 Ce, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba (...).

[34] DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar*..., *cit.*, pág. 306

Por otra parte, el *fundamento* de la prohibición que pesa sobre el juzgador de no prejuzgar cuestiones relativas al fondo se sustenta en dos motivos[35]:

-Evitar la anticipación plena e irreversible del contenido de una sentencia que en ese instante del proceso es, en principio, desconocida)

-y segundo, garantizar que las partes puedan desplegar los medios de defensa (art. 24.2)

Relevante también es el aspecto de que ciertos autores (WIESELER, SCHOCH, DUGRIP) hayan manifestado que en determinadas hipótesis se deba *eliminar* esta prohibición[36]. Tal teoría la sustentan en varios argumentos:

-primero, en ciertos supuestos solo de esta forma se garantizaría la tutela judicial efectiva;

-segundo, de una u otra forma la medida cautelar siempre prejuzgará, pues sea o no adoptada siempre habrá una parte favorecida;

-otra razón a favor de la mencionada supresión o desaparición es la de que el prejuicio es relativo, toda vez que el juez tiene la opción de resolver en diferente sentido en el juicio principal.

2.Concepto

En cuanto al contenido de esta prohibición, a saber, en qué consiste este prejuicio y cuáles son los requisitos que han de concurrir para entenderlo producido, debemos identificar, a lo menos, cinco concepciones[37], mas advertimos ya que a nuestros efectos interesan solo las dos últimas:

-en primer lugar, el prejuicio de fondo puede concebirse como una identidad de los pronunciamientos judiciales cautelar y definitivo;

-en segundo lugar, esta prohibición se puede entenderse como la falta del efecto de cosa juzgada de las resoluciones judiciales en materia cautelar;

-en tercer lugar, puede referirse a las alegaciones de las partes, a los medios de prueba y a los poderes del juez para tomarlo en cuenta

-y puede entender, todavía, en dos sentidos más, de los que damos cuenta en el siguiente punto al abordar cómo nuestra jurisprudencia recoge esta prohibición.

3.Legislación y jurisprudencia.

---

[35] AATS 10-abril-1990; 20-diciembre-1990; 27-junio-1990; 17-octubre-1990. STS 4-mayo-1995
[36] DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar*..., *cit.*, pág. 307.
[37] DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar*..., *cit.*, págs. 309 y ss.

Otra cuestión importante a efectos de la mencionada prohibición es la de si nuestro *Derecho positivo* la recoge o no. En este sentido, son dos las normas de referencia:

-por un lado, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en particular los arts. 129 a 136, donde no se recoge ninguna alusión a la antedicha prohibición (no hay, pues, previsión normativa);

-y por otro, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en concreto su art. 726.2:

> "Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, *sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte*" (el subrayado también es mío).

No es este lugar, no obstante, para dilucidar la cuestión, relativa al carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento civil, de si este último precepto es o no supletorio[38].

No habiendo, como decimos, previsión normativa al respecto, la *jurisprudencia* desempeña un papel de gran relevancia en la definición de los contornos de la institución de la prohibición de prejuzgar el fondo en el contexto de la tutela cautelar; prohibición, en primer lugar, que es común que el TS afirme:

> "Ninguno de dichos argumentos puede bastar para que esta Sala adopte la medida cautelar de suspensión que se postula, puesto que no se acredita ni se deduce de lo alegado que la ejecución del acto puediera hacer perder su finalidad legítima al recurso, y por razón de que lo que se recurre es un acto de archivo de una denuncia y de que se fundamenta la petición en hechos que, ahora, desconoce esta Sala y que sólo en el curso de los autos principales podrá, en su caso, conocer y, también en su caso, adoptar la resolución que proceda, puesto que de lo contario *prejuzgaría indebidamente la cuestión de fondo* (...)" (las cursivas son mías) (ATS de 3 abril de 2001, FJ 4º)

En segundo lugar, en lo tocante al contenido de esta prohibición, en ocasiones la prohibición se vincula a

> -uno, la exhaustividad del examen que el juez debe realizar, por ejemplo, el ATS de 5 de diciembre (FJ 3º):
>
> > "En línea con lo anterior, la aplicación del *fumus boni iuris* se ha matizado siguiendo una dirección paralela a la observada respecto de las alegaciones de nulidad de pleno derecho, exigiendo que la apariencia de buen derecho sea clara y manifiesta, y resaltando que

[38] En opinión de DE LA SIERRA (p. 308) sí lo es.

debe ser apreciada sin necesidad de profundizar en el fondo del asunto" (la cursiva es mía).

-dos, al hecho de que el juez está vetado para sustituir el acto dictado por la Administración Pública. Un ejemplo lo constituye el ATS de 12 de septiembre de 2000 (FJ 4º):

> "(no cabe) sustituir el acto impugnado por otro de signo distinto, en este momento procesal en el que no procede prejuzgar el fondo del asunto".

En definitiva, la jurisprudencia ha sostenido que la aplicación restrictiva y limitada de la apariencia de buen derecho se debe a la prohibición de entrar en el fondo del asunto, como dice el ATS de 24/09/2020 (RC 204/2020):

> "CUARTO.- *La cautela en la aplicación de la apariencia del buen derecho.*
>
> (...)
>
> El ATS 26 de septiembre de 2018 (recurso 279/2018) con cita ATS de 2 de noviembre de 2016 (recurso 4674/2016) señala que *"la aplicación de la regla de apariencia de buen derecho va indisolublemente ligada al examen de la cuestión de fondo, lo que obligaría a pronunciarnos anticipadamente sobre la validez del Real Decreto impugnado, lo que está vedado al incidente cautelar".*
>
> Se ha aceptado la apariencia de buen derecho conjugada con el peligro por mora procesal a que se refiere la LEC, de aplicación supletoria en este orden jurisdiccional, engarzada con la necesidad de no hacer perder su finalidad legítima al recurso, cuando el órgano jurisdiccional se ha pronunciado, anulándolo, sobre un acto similar al impugnado (ATS 31 de marzo de 2011, recurso 169/2011).
>
> Puede caber el caso de que, con anterioridad a la adopción de la medida cautelar cuestionada, el órgano jurisdiccional se hubiere pronunciado, en otros pleitos, sobre la invalidez del acto cuestionado (STS de 13 de junio de 2007, recurso de casación 1337/2005) absolutamente manifiesta.
>
> Criterio análogo la STS 14 de diciembre de 2016, recurso casación 3714/2015, al reiterar, con cita de precedentes, 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, 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"*

> En esa misma línea se decanta el Tribunal Constitucional al sostener que no cabe, por tanto, prejuzgar el fondo del asunto por lo que son ajenas al incidente cautelar las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal (STC 148/1993, 29 de abril)".

Sirva para ilustrar mejor esta idea ATS de 25 de febrero de 2021 (rec. 47/2021):

> "la doctrina sobre el *fumus boni iuris* requiere una prudente aplicación para no prejuzgar la decisión del pleito al resolver el incidente de medidas cautelares, pues con ello se quebrantaría el derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba (artículo 24 de la Constitución), salvo en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente."

3. RECEPCIÓN DEL *FUMUS*

A nuestro entender el análisis de la recepción de este instituto debe partir de una doble óptica:

-por un lado, se debe analizar la recepción del fumus en la legislación (a), esto es, en qué medida las diferentes Leyes de lo Contencioso-Administrativo reciben o no el principio del *fumus boni iuris*;

-y por otro, se debe examinar su incorporación en la jurisprudencia (b).

Las conclusiones que caben extraer de cuanto diremos son dos: primero, que se da la circunstancia de que el Derecho positivo no contempla expresamente ni desarrolla este principio; y segundo, que ha sido la jurisprudencia (y la doctrina) la que ha elaborado un cuerpo dogmático sobre esta categoría.

3.1. Legislación

En cuanto a la Ley de lo Contencioso-Administrativo de *1888*, debe destacarse el párrafo primero de su artículo 100, según el cual

> "Los Tribunales de lo contencioso-administrativo podrán acordar, oído el Fiscal, la suspensión de las resoluciones reclamadas en la vía contenciosa cuando la ejecución pueda ocasionar daños irreparables, exigiendo fianza de estar a las resultas al que hubiere pedido la suspensión.

En lo que aquí interesa, y como dijimos en el capítulo anterior, el único criterio de adopción de la suspensión (solo se contemplaba esa medida) es el *periculum in mora* (daño irreparable). En esta ley, pues, no se alude al *fumus boni iuris*.

En lo tocante a Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de *1956*, a nuestros efectos, de este texto normativo interesa destacar las siguientes disposiciones, respecto a las que se aprecia también la falta de previsión de este criterio:

> -El art. 122.2: "Procederá la suspensión cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.
>
> -El art. 124.1: "Cuando el Tribunal acuerde la suspensión exigirá, si pudiera resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero, caución suficiente para responder de los mismos".

En cuanto a la *vigente* Ley de lo Contencioso-Administrativo, establece, como explicamos, dos regímenes diferenciados a efectos del otorgamiento o denegación de la medida: por un lado, un régimen *general*, previsto en el art. 130; y por otro, un régimen *especial*, contemplado en el art. 136.1, referido a la impugnación de la inactividad de la Administración y de las vías de hecho.

En cuanto al régimen general, la idea de partida es la siguiente: el art. 130 se refiere expresamente a la ponderación de intereses y al *periculum*, pero no sucede igual con el instituto de la apariencia de buen derecho. En otras palabras: la mención al requisito de los intereses ("previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto") y a la condición del *periculum* ("cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso") es expresa, en tanto que la mención al presupuesto del fumus no. De la fórmula legal, por tanto, no se deduce directamente el fumus. En este sentido la STS de 14/03/2017 (RC 3212/2015):

> "Viene al caso, no obstante, insistir en la aplicación que esta Sala viene haciendo de la doctrina sobre la apariencia de buen derecho, concretamente esta Sala ha declarado con detalle en la Sentencia de 14 de diciembre de 2015 (recurso de casación nº 607/2015) que "*este Tribunal Supremo ha admitido este criterio en algunas resoluciones a veces con gran amplitud (ATS 20 diciembre de 1990, 17 ene. 1991, 23 abril 1991, 16 julio 1991, 19 diciembre 1991, 11 marzo 1992, 14 mayo 1992, 22 marzo 1996 y 7 junio 1996), si bien en el actual estado de la jurisprudencia prevalece una doctrina que acentúa sus límites y aconseja prudencia y restricción en su aplicación. (...) La LJCA, en efecto, suprime todo apoyo normativo al criterio de fumus bonis iuris, cuya aplicación queda confiada a esta jurisprudencia. Se elimina, en efecto, del Proyecto LJCA el precepto que disponía que «la adopción de las medidas cautelares podrá acordarse cuando existan dudas razonables sobre la*

> *legalidad de la actividad administrativa a que se refieran» (*art. 124.2 Proyecto LJCA***).** *En su lugar, la LJCA dispone que «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» (art. 130.1 LJCA). El sentido restrictivo de esta omisión respecto al criterio de fumus bonis iuris resulta subrayado por la palabra «únicamente» y confirmado por el art. 132.2 LJCA (también introducido en el trámite parlamentario), en el cual se dispone que «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».*

No obstante, hay autores que defienden que, aunque en la fórmula legal no se prevé *expressis verbis* este criterio, este sí se recoge en el art. 130 LJCA, en consideración a -dicen- la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a que la fórmula "finalidad legítima" apela a una apariencia de buen derecho y a su vinculación con el *periculum in mora*.

Diferenciamos, entonces, dos puntos: el art.130 no consagra el criterio del *fumus* de manera expresa, y existen autores (esta posición no es unánime) que, no obstante, afirman que este criterio se recoge en esta ley.

Sirva de ejemplo del mencionado parecer doctrinal esta cita a DE LA SIERRA[39]:

> "Con la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, el *fumus* hace su aparición en el Derecho positivo, pese a que el término *fumus boni iuris* no se incorpora de forma expresa. Si bien de una primera lectura de la Ley de la Jurisdicicón pudiera deducirse que este criterio únicamente se contempla en la regulación de las medidas cautelares del art. 136, en realidad se encuentra presente en todas las medidas y no sólo en aquéllas. Y ello es así porque, tal y como recuerda Carmen CHINCHILLA, parafraseando al Tribunal Supremo, la definición misma del *periculum in mora* está en relación de dependencia con el *fumus boni iuris*, de manera que si el *periculum* se encuentra en la esencia de todas las medidas, el fumus no hace sino acompañarlo".

Lo mencionado se refiere al régimen general, y en cuanto a las medidas cautelares especiales del art. 136, más adelante diremos que en los dos supuestos que contempla (inactividad de la Administración y vía de hecho) hablamos de un *fumus boni iuris* dulcificado.

Según lo visto, la conclusión es clara: no se prevé expresamente el *fumus boni iuris* en ninguno de estos tres textos legales mencionados.

---

[39] DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar*..., *cit.*, págs. 261 y 268

3.2 Jurisprudencia

Analizado, en primer término, la posición del Derecho positivo respecto del criterio que nos ocupa, corresponde, en segundo término, examinar el papel de la jurisprudencia contencioso-administrativa. En este sentido, consideramos conveniente agrupar las resoluciones desde un punto de vista temporal en tres bloues tomando como referencia el ATS de 20 de diciembre de 1990, que es la resolución que recibe el principio del *fumus boni iuris*. Podemos hablar, así:

-en primer lugar, de los precedentes de ese auto (i);

-en segundo lugar, del auto en cuestión (ii);

-y en tercer lugar, de las resoluciones posteriores de ese auto (iii).

i. Precedentes del ATS-20-diciembre-1990: los autos del TS de 16 de octubre de 1990

Si bien el primer auto que de forma expresa reconoce el *fumus boni iuris* es el auto de 20 de diciembre de 1990, pueden identificarse como precedentes suyos tres autos dictados el mismo día[40]: el 16 de octubre de 1990.

En primero de ellos desestima un recurso de apelación contra un auto que estima la suspensión de la ejecución de una orden de expulsión contra un solicitante de asilo político, manteniendo la suspensión mientras dure el proceso, con base, entre otros elementos, en el carácter mínimamente fundado de la residencia en España del solicitante de asilo.

El segundo vuelve a desestimar un recurso de apelación deducido frente a un auto de suspensión de otra orden de expulsión. En esta ocasión el tribunal, para confirmar la suspensión de la ejecución de la medida de expulsión, se basa en la existencia de un previo pronunciamiento judicial favorable a las recurrentes.

El tercero de los autos en que se aprecia un precedente del fumus, dictado en la misma fecha que los anteriores, se adopta en el marco de la contaminación acústica (Derecho ambiental, pues). Es ilustrativo lo siguiente (FJ 2º):

> "(n)o se trata aquí, obviamente, de resolver el pleito principal, pero tener presente el objeto de éste es necesario a efectos de valorar la concurrencia o

[40] RJ 1990, 7736; RJ 1990, 7732; RJ 1990, 8247.

no de las circunstancias que determinan la adopción de la expresada medida cautelar de suspensión".

ii. El auto del TS de 20 de diciembre de 1990

El auto que consagra de manera definitiva el *fumus boni iuris* es el Auto de 20 de diciembre de 1990. Este auto tiene, entre otras, estas importantes implicaciones[41].

Este auto supone, en primer lugar, la ampliación o extensión del alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, pues en este derecho fundamental del art. 24 de la Constitución el TS declara incluido "un derecho a la tutela cautelar".

En segundo lugar, el Auto censura la práctica de denegar la suspensión mediante fórmulas estereotipadas impresas y exige una motivación específica. En efecto, el TS sostiene que esta desconexión del supuesto de hecho y su falta de relación con los fundamentos jurídicos

> "no puede considerarse suficiente a efectos de respetar el requisito inexcusable de la motivación, requisito sin el que no puede entenderse que se otorga una tutela judicial efectiva al justiciable al que se deniega su pretensión"; y que esto supone "una actuación arbitraria, y la arbitraridad está prohibida a los poderes públicos (art. 9.3 CE), por tanto también a los Tribunales de Justicia".

Este auto implica, en tercer término, y esto es lo que sobre todo nos interesa, la recepción del principio que nos ocupa. Después de que en el Fundamento Jurídico primero se criticase el hecho de que el Auto apelado se haya producido mediante un impreso, lo que "vicia radicalmente aquella decisión", el TS dice que "(...) encuentra otras razones más profundas para acordar la revocación del Auto impugnado". Y esas razones, desarrolladas en el FJ segundo, son las que otorga "una apariencia de buen derecho" a la pretensión de fondo ejercitada por el recurrente.

El TS formulará, primero, una apreciación sobre el buen derecho en la pretensión del recurrente, indicando, en segundo lugar, que esa apariencia no supone el prejuicio del fondo y, en tercer término, que el hecho de que la tutela cautelar esté incluida en la tutela judicial efectiva (como dijimos) debe suponer la ampliación de los "estrechos límites del art. 122 LJ":

> "Es claro entonces que el propio Ayuntamiento está reconociendo que *prima facie* la situación jurídica de los apelantes no es de franca y radical ilegalidad, que incluso parece que una actuación administrativa la ampara que puede haber posibilidad de legalizarla, etc

[41] GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por...*, *cit.*, págs. 157 y ss.

> Por supuesto -y esto debe dejarse perfectamente claro- que haya una *apariencia* de buen derecho no supone prejuzgar el fondo, porque puede ocurrir que el estudio de fondo destruya esa apariencia, en cuyo caso la Sentencia que se dicte deberá desestimar las pretensiones de los que aquí aparecen como apelantes.
>
> En todo caso, y teniendo en cuenta que la *ejecución* del acto *conlleva perjuicios graves para los recurrentes* que viven de la explotación de esas naves para escuadras de ganado *y que no consta* qué tipo de *perjuicios ni para el interés público ni para terceros puedan seguirse a la ejecución* la suspensión deberá haberse acordado simplemente con aplicar literalmente el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Pero este Tribunal Supremo debe añadir que los estrechos límites del artículo 122 de la Ley Reguladora de esta jurisdicción tienen hoy que entenderse ampliados por el expreso reconocimiento el *derecho a una tutela judicial efectiva* en la propia Constitución (art. 24), derecho que *implica*, entre otras cosas, el *derecho a una tutela cautelar*".

Además, en este sentido, en el Auto se afirma, en cuarto lugar, que la misión de esta nueva concepción de las medidas cautelares es "impedir los abusos que pueden seguirse del llamado privilegio de autoejecución", y, en quinto lugar, que la decisión de la suspensión debe hacerse por la apariencia de buen derecho:

> "Este principio general de derecho que, como luego se dirá, fue desvelado ya por este Tribunal Supremo hace varios años y reiterado en varias Sentencias, obliga a impedir los abusos que puedan seguirse el llamado privilegio de autoejecución, impidiendo que pueda el poder público parapetarse en él cuando un supuesto de hecho concreto -y esto sub- la necesidad de examinar cada caso y fallar en razón a la concreta individual de cada uno-, lo que se advierte *prima facie*, sin que ello suponga prejuzgar el fondo del pleito principal, es una apariencia –apariencia, insistimos- de buen derecho. Esta apariencia, aún siendo solo, eso basta en un proceso cautelar para otorgar la protección provisional solicitada".

iii. Después del auto del TS de 20 de diciembre de 1990

Tras el ATS de 20 de diciembre de 1990 la jurisprudencia no mantiene una interpretación uniforme del criterio. Así, el ATS de 17 de marzo de 1992 parece optar por un fumus más agravado en tanto en cuanto alude a la realización de una *summaria cognitio* para apreciar este criterio:

> como consecuencia del principio de la apariencia de buen derecho "es posible valorar, dentro del limitado ámbito dentro del cual es posible hacerse en los incidentes de esta naturaleza (summaria cognitio) y sin prejuzgar lo que en su día se declare en la sentencia definitiva, las posiciones de las partes y los

fundamentos jurídicos de su pretensión, esto es, mediante una valoración provisional, que solamente afecta a una medida provisional" (FJ 3º).

En el ATS de 21 de enero de 1992 el TS se muestra reticente a aplicar el criterio del fumus, alegando que la aplicación del mismo de la manera solicitada por la Administración provocaría graves daños a la naturaleza del proceso jurisdiccional:

> "La doctrina del fumus bonni iuris, invocada por la Corporación Municipal de Avilés, de ser aplicada en la forma que pretende esa Administración traería consigo graves daños a la propia naturaleza del proceso jurisdiccional, dando lugar a la presunción de que en este trámite incidental se promulga el Fallo de la reclamación contencioso administrativa, lo que desnaturaliza la finalidad de la medida cautelar que comporta la suspensión que debe prodigarse en función exclusiva de la tutela de los derechos e intereses legítimos, artículo 24 de la Constitución, sin contemplar debidamente el interés público concurrente harían ineficaz la actividad de la Administración que varía paralizados los efectos propios de sus actos y disposiciones que demandan su inmediata ejecutividad".

Por otro lado, el Auto TS de 16 de junio de 1997 alude al fumus como un "juicio de razonabilidad provisional"[42]:

> "(el fumus) puede llegar a constituir la única vía a través de la cual evitar, mediante un juicio de razonabilidad, provisional, por supuesto, emitido precisamente por quien tiene atribuida constitucionalmente la función de juzgar, el riesgo mayor, desde la perspectiva del Estado de Derecho, de la irreversible conculcación de los derechos en litigio" (FJ 5º)

Tras la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, podemos apreciar cierta uniformidad en la aplicación del fumus, en la línea de la teoría de las nulidades (que posteriormente analizamos). Encontramos, por ejemplo, una apreciación ostensible de nulidad en el ATS de 6 de abril de 1999[43]:

> "la alegada infracción de tal precepto (art. 50 del Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial) es una cuestión que corresponde al fondo del litigio, de imposible examen anticipado en esta pieza en la que sólo se decide sobre la medida cautelar que se solicita, al no ser patente, manifiesta, ostensible y evidente la mencionada infracción, y al no poder resolverse ahora sobre su eventual incidencia en la conformidad o disconformidad a derecho del acuerdo recurrido (...)".

---

[42] En sentido parecido, por ejemplo, el ATS de 26 de diciembre de 2000 (FJ 3º): "(...) pues es doctirna jurisprudencial del Tribunal Constitucional la compatibilidad de la adopción de medidas cautelares, como en este caso la suspensión provisional y el derecho a la presunción de inocencia, frente al argumento utilizado por la parte recurrente, en la medida en que tal medida se fundamentó en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes (...)".

[43] También, por ejemplo, en el ATS-15-septiembre-1999, el de 5 de diciembre de 2000 o el de 19 de febrero de 2001.

4. EL *FUMUS BONI IURIS* EN LOS DIFERENTES PRODUCTOS ADMINISTRATIVOS.

El papel que el fumus desempeña no es el mismo en todas las actividades administrativas. Esto es, el tratamiento de esta institución cautelar varía en función de la actividad administrativa impugnada (v. gr., no se trata de la misma manera el fumus en relación con los actos administrativos que con relación a un supuesto de inactividad de la Administración). Es, por tanto, importante distinguir cuál es el concreto tratamiento que recibe el humo de buen Derecho en relación a estos cinco productos administrativos: actos administrativos (a), disposiciones administrativas de carácter general (b), la inactividad material de la administración (c), la vía de hecho administrativa (d) y el sector de la contratación administrativa.

4.1. Actos administrativos: la teoría de las nulidades

Corresponde, en primer lugar, analizar la verosimilitud del derecho pretendido por el actor en relación con los actos administrativos. En concreto, nuestro análisis se centrará en la teoría de la nulidad de los actos administrativos en relación a la aplicación del fumus .

En España, la jurisprudencia y la doctrina establecen una relación directa entre el *fumus* y la teoría de la nulidad de los actos administrativos, respecto a la la que haremos previamente unas consideraciones preeliminares.

1.Consideraciones previas sobre la nulidad de los actos administrativos

Aunque no es esta sede para abordar la teoría de la nulidad de los actos administrativos, dejaremos apuntadas una serie de ideas que se consideran relevantes a efectos del entendimiento de la exposición, siguiendo a SANTAMARÍA PASTOR[44]:

Primero, la figura de la nulidad de pleno derecho se enmarca en el régimen de la invalidez de los actos administrativos, que aglutina (integra en su seno) tres figuras, a saber: la nulidad de pleno derecho (como decimos), la anulabilidad y, finalmente, las irregularidades no invalidantes. En el Derecho español se distingue, por tanto, entre las categorías de la nulidad y la anulabilidad.

[44] SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios*..., *cit*., págs. 131 y ss.

Segundo, la teoría de las nulidades viene vinculada a dos principios: el de legalidad (todos los actos administrativos que no se acomoden al sistema jurídico deben ser eliminados de este) y el de seguridad jurídica (que en este ámbito implica la intorelabilidad de que un acto tenga eficiacia claudicante)

Tres: la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos se produce solamente en los concretos casos previstos por las leyes, enumerados con carácter general en el art. 47.1 LPAC

Y cuatro: los efectos de la nulidad de pleno derecho son dos: en primer lugar, la imposibilidad de convalidación de los actos nulos mediante la subsanación posterior de los vicios que sufran (art. 52.1 LPAC, a sensu contrario); y en segundo lugar, la imprescriptibilidad relativa, es decir, que los actos son sanables parcialmente por el transcurso del tiempo (impugnación en vía de recurso o revisión de oficio).

2.Beneficios derivados de la utilización de la teoría de la nulidad de los actos administrativos y su relación con el prejuicio del fondo.

La relación existente entre estas dos figuras (fumus y teoría de las nulidades) puede ser *útil* en al menos dos sentidos:

> -primero, porque permite ganar cierta objetividad o seguridad jurídica a la aplicación de fumus;
>
> -el segundo elemento de utilidad es que aclara en cierto modo los efectos que las medidas cautelares producen sobre el acto objeto de las mismas.

De hecho, el propio art. 117 LJCA, mentado a propósito de la nota de jurisdiccionalidad (apartado uno del trabajo), en sede de suspensión de la ejecución del acto impugnado en el marco de los recursos administrativos, exige de manera alternativa, para que la suspensión sea posible, la concurrencia de la circunstancia de que la impugnación se fundamente una causa de nulidad:

> "No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien competa resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurran alguna de las siguientes circunstancias:
>
> a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
>
> b) Que la *impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1* de esta Ley" (las cursivas son mías).

Por otra parte, en ocasiones el TS se muestra reacio a analizar el fumus cuando esto lleve anejo el conocer por primera vez de las causas de nulidad en que pueda incurrir el acto administrativo por temor a *prejuzgar* el fondo del asunto. Podemos citar como ejemplo de este temor a la profundización en el fondo del asunto el ATS de 7 de noviembre de 1995:

> "es por ello, por lo que no podemos considerar como causa determinante de la suspensión, la alegación que estamos considerando, habida cuenta que no resulta clara, ostensible y manifiesta la invocada nulidad absoluta y en todo caso resultaría necesario el enjuiciamiento del fondo del asunto, para alcanzar una adecuada solución al respecto, lo cual, como hemos dicho, no resulta procedente en la decisión que resuelve la pieza separada de suspensión".

3.Dos corrientes jurisprudenciales paralelas en la interpretación del *fumus boni iuris* como elemento identificador de la nulidad: nulidad previamente declarada y nulidad ostensible y evidente.

En cuanto a la relación de estas dos figuras, debemos identificar dos criterios diferentes[45]: en primer lugar, el criterio de la nulidad previamente declarada (a); y en segundo lugar, el criterio de la nulidad ostensible y evidente (b). Como veremos, es un hecho la vinculación del fumus a diferentes graduaciones de nulidad.

a).

El primer supuesto es el de la existencia o no de buen derecho en el caso de una decisión previamente declarada nula por un órgano judicial.

Las hipótesis son dos: o bien "se solicita la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición de carácter general declarada previamente nula de pleno o bien cuando el acto es idéntico a otro que fue anulado jurisdiccionalmente (...)" (ATS 13 marzo de 1995)[46]. Es decir, el TS declara que si concede la suspensión es porque puede existir un indicio de buen derecho basado en que hay una declaración previa de nulidad. No se habla, pues, de predicar "(...) la nulidad o anulabilidad de un acto en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, porque, de lo contrario se prejuzga la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial se vulnera otro derecho, también fundamental y recogido en el propio art. 24 de la vigente

[45] JIMÉNEZ PLAZA, C., *El fumus boni iuris..., cit.*, págs. 98 y ss.

[46] También AATS 1-abril-1995, Ar. 3227; 9-mayo-1995, Ar. 4211; 18-octubre-1996, Ar. 7074; 22-septiembre-1997, Ar. 7640; 19-mayo-1998, Ar. 5774. SSTS 11-abril-1995, Ar. 2975; 17-octubre-1995, Ar. 7387; 12-febrero-1996, Ar. 1062.

CE, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba (...)".

Como se puede ver, la aparición en escena de la nulidad previamente declarada tiene lugar con el fin de evitar una decisión anticipada sobre el fondo, lo que muestra la cautela o prudencia del TS en la interpretación del humo de buen Derecho.

No obstante, en criterio de JIMÉNEZ PLAZA[47], esta interpretación del fumus (su vinculación a la nulidad previamente declarada) no es convincente por dos motivos: por pulverizar la esencia de un principio sustentado en la apariencia ("ni siquiera existía ya fumus") y por estar en contradicción con el carácter tuitivo de las medidas cautelares.

También en conexión con este primer caso, se debe retener la siguiente situación[48]: que antes de la resolución del incidente de suspensión, recaiga sentencia de instancia (del juez *a quo*) en que declare la nulidad de pleno derecho de los actos impugnados o, en el caso de la Administración, su conformidad a Derecho. Ante esta hipótesis, distinguimos dos líneas de pensamiento:

> -en primer lugar, el criterio del Tribunal Supremo según el cual sí concurre el *fumus boni iuris* en la posición del recurrente (este sería titular o acreedor del fumus) en este caso. Sirva de ejemplo la cita del ATS de 7 de marzo de 1997, en que la razón la tiene la Administración, aunque esta doctrina se repite en muchas ocasiones[49]:
>
> > -"Los actos administrativos cuya suspensión fue denegada por el auto recurrido han sido declarado conforme a derecho en virtud de sentencia. "Y es obligado recordar en este punto la doctrina del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, que esta sala viene considerando si no como motivo determinante de la suspensión o no de la ejecución del acto administrativo impugnado jurisdiccionalmente, sí como criterio a considerar al resolver sobre una medida cautelar que tiene como justificación la garantía o aseguramiento del proceso. En el caso examinado la sentencia dictada por la Sala de instancia sobre el fondo del asunto ha trasladado la Administración la apariencia buen derecho, apreciando, pues la decisión judicial la legalidad de los actos recurridos, y reforzando así su originaria presunción de validez en que se fundamenta legalmente su ejecutividad".

[47] JIMÉNEZ PLAZA, C., *El fumus boni iuris..., cit.*, págs. 100 y ss.
[48] JIMÉNEZ PLAZA, C., *El fumus boni iuris..., cit.*, págs. 101 y ss.
[49] Por ejemplo, AATS, 19-julio-1991, Ar. 310; 16-julio 1991, Ar. 1408; 26-diciembre-1991, Ar. 363; 12-febrero-1992, Ar. 2818; 4-marzo-1992, Ar. 3218; 11-marzo-1992, Ar. 3266; 8-mayo-1992, Ar. 4140; 23-junio-1993, ar. 5023; 9-diciembre-1993, Ar. 9548; etc.

-Y una segunda línea de pensamiento[50] según la cual, en este caso, debía entrar en juego el instituto de la ejecución provisional de sentencias. Esto es, rechazar la afirmación de que el sujeto (particular o Administración) era titular del fumus, admitiendo que el juez debía ejecutar o no provisionalmente el fallo.

b).

En segundo lugar, analizamos el criterio o tendencia de la nulidad ostensible y evidente

Esta línea jurisprudencial consiste en que podrá suspenderse cautelarmente un acto administrativo (y por tanto producirse la quiebra cautelar del principio de autotutela ejecutiva de la Administración) cuando este sea nulo de pleno derecho de forma clara, evidente, radical, a saber, la apreciación del abultamiento de la ilegalidad se realiza sin conocer el fondo del asunto. En este segundo caso, el fumus determinante de la medida cautelar lo constituiría el hecho de que el juzgador aprecia a primera vista que la decisión administrativa incurre en un vicio de presumible nulidad. A favor de esta tesis doctrinal está, por ejemplo, los AATS de 31-mayo-1996, 10-julio-1995 y 31-mayo-1996:

> "(...) el hecho de que el art. 122 LJCA' 1956 guarde silencio sobre la nulidad" no impide que pueda "operar para justificar la suspensión, pero es preciso que la nulidad alegada aparezca como algo ostensible", "a todas luces evidente, pues en otro caso, siendo tal alegación integrante del fondo del asunto, no cabe razonar sobre ella en un incidente".

No obstante, siendo la expuesta la opinión mayoritaria, debe ponerse el acento en que existen voces discrepantes de esta tesis. Así, por ejemplo, se ha sostenido que la mencionada regla imposibilita cualquier cautela[51]:

> "la nulidad que deberemos apreciar para que proceda la suspensión de la ejecución no debe ser clara, evidente o flagrante, lo que resulta extremadamente difícil o imposible en una decisión sobre la adopción de medidas cautelares, sino que simplemente precisaremos que sea una infracción prima facie, a primera vista".

4.2. La inactividad material de la Administración

Varias son las cuestiones que han de analizarse en conexión con la cuestión del *fumus boni iuris* en el instituto de la inactividad administrativa.

---

[50] SSTS 10-marzo-1995, Ar. 2159; 16-octubre-1996, Ar. 7375; 23-septiembre-1995, Ar. 6764; 4-noviembre-1997, Ar. 8079; 11-noviembre-1997, Ar. 8080; 24-febrero-1998, Ar. 1789; 28-abril-1998, Ar. 3916; 8-febrero-1999, Ar. 926; etc.

[51] CASES PALLARÉS, L., *La adopción de las medidas cautelares motivadas en la nulidad de pleno derecho del acto administrativo*, "REDA", nº- 76, 1992, p. 674

1.Introducción

Según GÓMEZ PUENTE[52], el concepto jurídico de inactividad administrativa se construye en atención a tres elementos: uno material, "la constatación de una situación de pasividad o inercia de la Administración", esto es, la omisión de actividad jurídica o material; otro formal, "la existencia de un deber legal de actuar", lo que determina la antijuridicidad de tal omisión; y el tercer elemento caracterizador de este concepto consiste en las propias circunstancias de la realidad natural y física, tercer elemento este, pues, que hace de este concepto uno de carácter abierto y mutable[53]. De este modo, hablamos de una triple perspectiva: material, formal y funcional.

Aunque en alguna etapa histórica la inactividad material de la Administración suponía problemas impugnatorios[54], este problema es salvado por la LJCA' 1998 (entre la actuación administrativa sí se encuentra, por tanto, la inactividad material), que es de dos clases:

> -el primer tipo se refiere a la ausencia de realización de actividades prestacionales (art. 29.1): "Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración".
>
> -y el segundo a situaciones de inejecución por la Administración de sus actos firmes (art. 29.2): "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 regulado en el artículo 78".

En el supuesto de impugnación de la inactividad administrativa, conforme a los arts. 29 y 32.1 LJCA, las pretensiones esgrimibles por el demandante varían según la naturaleza de la inactividad impugnada:

---

[52] GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1997, págs. 58 y ss.

[53] El autor sostiene que "la contingencia de las condiciones económicas, políticas, sociales y culturales puede perjudicar la acción legislativa y administrativa condicionando la efectividad de las previsiones legales y la actuación administrativa", y que, por esto mismo, los contornos de este concepto jurídico "resultarán de la confortación judicial cotidiana y singular entre leglidad y realidad", de suerte que "se trata, por tanto, de una noción entregada a la actividad judicial (...)".

[54] SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios*..., *cit*., págs. 606 y ss.

-si la inactividad consiste en la falta de realización de una pretensión concreta en favor de una o varias personas, la pretensión puede consistir en la condena a la Administración de que lleve a cabo tal prestación;

-y la prestación consistirá en la condena a la Administración de llevar a cabo las actuaciones de ejecución necesarias, cuando la inactividad impugnada consista en la falta de ejecución de un acto firme.

2. El art. 136 LJCA' 1998: sobre una variante negativa del *fumus boni iuris* y las medidas provisionalísimas.

El art. 130 establece, como mencionamos *supra*, el régimen *general* en atención al cual se debe decidir el otorgamiento o denegación de la medida, que impone dos parámetros[55], el *periculum in mora* y la ponderación de intereses:

> "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".

Pero se establece también un régimen *especial* de adopción de medidas cautelares respecto de la impugnación de la inactividad de la Administración (y también relativo a la vía de hecho) en el art. 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".

Este segundo régimen es mucho más favorable a la adopción de la medida cautelar. Tanto es así que se invierte la regla general constituida por la excepción: en el primer caso, "podrá adoptarse"; en el segundo, para la inactividad y la vía de hecho, "se adoptará". De ahí que surga la pregunta de si nos encontramos ante una *variante negativa* del *fumus boni iuris* o, por el contrario, ante la certeza absoluta de un no desear hacer de una

[55] De nuevo, el art. 130 no consagra el *fumus* como criterio para la adopción de medidas cautelares, sin perjuicio de que la jurisprudencia lo utilice y de que algunos autores entienden que este principio se deduce del mencionado precepto.

Administración que viene obligada a hacerlo. Según BACIGALUPO[56], sí nos encontramos ante esta vertiente negativa (o *fumus* dulcificado), pues

> "(...) el otorgamiento de la tutela cautelar no se condicionará en los recursos contra la inactividad administrativa a la existencia de una apariencia de buen derecho (esto es, la apariencia de que el recurrente ostenta, en efecto, un derecho subjetivo a la prestación material omitida o a la ejecución de un acto firme que le favorece), sino –tanto solo- a que no exista una evidencia de ausencia de tal derecho".

Otro aspecto relevante en el análisis de la inactividad lo constituye las medidas provisionalísimas, para lo que nos remitimos a las consideraciones que hagamos respecto a la vía de hecho administrativa

4.3. La vía de hecho administrativa

Corresponde aquí analizar si cabe la aplicación del *fumus boni iuris* en la vía de hecho administrativa

1.Introducción

Se entiende por un supuesto de vía de hecho el caso en que la Administración realice una actuación material sin el soporte de un acto administrativo previo del que sea ejecución[57]. En este sentido, el art. 97.1 LPAC:

> "1.Las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico".

Por otra parte, el Preámbulo de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa dice que

> "(o)tra novedad destacable (en esta ley) es el recurso contra las actuaciones materiales en vía de hecho. Mediante este recurso se pueden combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase. La acción tiene una naturaleza declarativa y de condena y a la vez, en cierto modo, interdictal, a cuyo efecto no puede dejar de relacionarse con la regulación de las medidas cautelares. Por razón de la materia, la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de estos recursos se explica sobradamente".

---

[56] BACIGALUPO, M., *La nueva tutela cautelar en el orden contencioso-administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 171.

[57] SANTAMARÍA PASTOR pone el siguiente ejemplo: el derribo de una edificación sin que haya precedido una orden de demolición. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios*..., *cit*., pág. 607.

Asi pues, entre la actividad administrativa impugnable no solo está, como vimos, la inactividad material sino también las vías de hecho, según el art. 30 LJCA' 1998:

> "En caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo".

En cuanto a las pretensiones que puede ejercitar el demandante en el proceso contencioso en caso de impugnación de vías de hecho, de acuerdo al art. 32.1 LJCA, la pretensión consistirá en la cesacion de la vía de hecho:

> "Si el recurso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá pretender que se declare contraria a Derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 31.2".

2. El art. 136 LJCA' 1998: de nuevo, sobre una variante negativa del *fumus boni iuris* y las medidas provisionalísimas.

Como mencionamos atrás, el régimen especial de adopción de medidas cautelares (más favorable a la institución de las cautelas que el general, recordemos), previsto en el art. 136, no se contempla solo para la inactividad de la Administración, sino también para la vía de hecho:

> "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".

Y en consonancia con esta predisposición favorable a las cautelas respecto a la vía de hecho, está el art. 51.3 LJCA'1998, relativo a los presupuestos necesarios para la estimación del recurso contencioso-administrativo:

> "Cuando se impugne una actuación material constitutiva de vía de hecho, el Juzgado o Sala podrá también inadmitir el recurso si fuera evidente que la actuación administrativa se ha producido dentro de la competencia y en conformidad con las reglas del procedimiento legalmente establecido".

En este supuesto y en el de la inactividad administrativa, la adopción de la medida cautelar pasa por evidenciar la apariencia de que el recurso no está desprovisto de fundamento; se está dulcificando o debilitando la intensidad de la apariencia de buen derecho, por consiguiente. Hablamos, pues, en relación a

estas dos actividades administrativas, no tanto de un *fumus boni iuris* sino de la exigencia de un *fumus non mali iuris*. En este sentido, JIMENEZ PLAZA[58]:

> "(...) parece desprenderse que el motor que justifica cualquier medida de aseguramiento difiere en función de la actividad administrativa impugnada. Se pasa de no contemplar expresamente el *fumus boni iuris* en el régimen general de medidas cautelares frente a actos y disposiciones administrativas de carácter general, a exigir un simple *fumus non maili iuris* en la inactividad y la vía de hecho".

En otro orden de cosas, una vez estimado el recurso, el *fumus boni iuris* es un criterio que puede conducir al juzgador al convencimiento de la vía de hecho cometida por la Administración. Pero la pregunta que se plantea ahora es la de concretar cuáles son los elementos de juicio o criterios que puede emplear el juez cuando el recurso no se ha admitido, lo que da entrada a las *medidas provisionalísimas*, institucionalizadas en los arts. 135 y 136 LJCA.

Respecto a la impugnación de la inactividad de la Administración y de la vía de hecho, el art. 136.2 dice que el recurrente está autorizado para solicitar medidas cautelares antes de la interposición del recurso e incluso podrán acordarse de plano (sin la escucha de la parte contraria), aunque establece exigencias para el mantenimiento de tal medida:

> "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, el Secretario judicial 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".

Según JIMENEZ PLAZA[59], cuando la medida tenga carácter preprocesal, la tutela se apoya más en los daños que en un *fumus boni iuris*, pues el expediente administrativo no obra en poder del juez.

5 CONCLUSIONES SOBRE EL *FUMUS BONI IURIS* EN LA JURISPRUDENCIA

En este apartado del trabajo se analizará, de un lado, el tratamiento que actualmente recibe el fumus en la jurisprudencia española y, de otro, una serie

[58] JIMÉNEZ PLAZA, C., *El fumus boni iuris..., cit.*, págs. 240 y ss.
[59] JIMÉNEZ PLAZA, C., *El fumus boni iuris..., cit.*, págs. 142

de casos recientes, todo ello con la finalidad de tener una idea clara de cuál es el estado en que se encuentra este instituto jurídico en contexto contencioso-administrativo.

El **actual tratamiento judicial del fumus** puede resumirse así:

La primera idea es que, a diferencia de lo que sucede en el art. 728 LEC, la apariencia de buen derecho no está presente o no forma parte de los requisitos incluidos en la LJCA para la adopción de la medida cautelar contencioso-administrativa. En este sentido la STS de 14/03/2017 (RC 3212/2015):

> "Viene al caso, no obstante, insistir en la aplicación que esta Sala viene haciendo de la doctrina sobre la apariencia de buen derecho, concretamente esta Sala ha declarado con detalle en la Sentencia de 14 de diciembre de 2015 (recurso de casación nº 607/2015) que "*este Tribunal Supremo ha admitido este criterio en algunas resoluciones a veces con gran amplitud (ATS 20 diciembre de 1990, 17 ene. 1991, 23 abril 1991, 16 julio 1991, 19 diciembre 1991, 11 marzo 1992, 14 mayo 1992, 22 marzo 1996 y 7 junio 1996), si bien en el actual estado de la jurisprudencia prevalece una doctrina que acentúa sus límites y aconseja prudencia y restricción en su aplicación. (...) La LJCA, en efecto, suprime todo apoyo normativo al criterio de fumus bonis iuris, cuya aplicación queda confiada a esta jurisprudencia. Se elimina, en efecto, del Proyecto LJCA el precepto que disponía que «la adopción de las medidas cautelares podrá acordarse cuando existan dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa a que se refieran» (*art. 124.2 Proyecto LJCA***).** *En su lugar, la LJCA dispone que «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» (art. 130.1 LJCA). El sentido restrictivo de esta omisión respecto al criterio de fumus bonis iuris resulta subrayado por la palabra «únicamente» y confirmado por el art. 132.2 LJCA (también introducido en el trámite parlamentario), en el cual se dispone que «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».*

En segundo término, el TS admite este principio en determinados casos, entre ellos los vinculados con la nulidad (STS de 14/03/2017):

> "(...) la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite el criterio de apariencia de buen derecho, entre otros, en supuestos de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta; de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula; de existencia de una sentencia que anula el acto en una anterior instancia aunque no sea firme; de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una

resistencia contumaz o, de modo muy excepcional, de prosperabilidad ostensible de la demanda".

En tercer lugar, debe afirmarse que el *fumus* tiene un carácter residual en tanto en cuanto solo se aplica en los mencionados casos y, además, no sirve por sí solo para fundamentar una petición de justicia cautelar sino que precisa la concurrencia del *periculum in mora* y la ponderación de intereses en juego, tal y como explica el ATS de 19/09/2022 (RC 727/2022):

> "2.- Sobre la apariencia de buen derecho.
>
> En cuanto a las alegaciones sobre el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, ha de tenerse en cuenta que, como reconoce la propia parte recurrente, no es un criterio determinante para acordar la medida cautelar solicitada, sino que se trata de un criterio complementario, por lo que en el presente caso tal criterio no podría justificar por si solo la procedencia de las medidas cautelares a falta de acreditación del presupuesto de la existencia de los perjuicios de difícil o imposible reparación para la efectividad del recurso".

En cuarto lugar, debe precisarse que este alcance muy limitado que mencionamos tiene un doble fundamento, de acuerdo al ATS de 29-10-2019 (RC 319/19):

> "*La doctrina del "fumus boni iuris" o de apariencia de buen Derecho que también esgrime la parte recurrente se ciñe en nuestra jurisprudencia a supuestos muy estrictos de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, actos anulados en una instancia anterior aunque no sea firme o existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia que la Administración se resista a aplicar (por todos, Auto de 20 de diciembre de 2017; Rec. 475/2017)"*. Esta limitación viene dada:
>
> - Por un lado **por la imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto** como dice la STS de 14.12.2016 (RC 3714/2015): "*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, 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*."
>
> - Y por otro lado porque como dice el ATS 17.12.2018 (RC 439/2018): "*En los Autos de 8 de marzo de 2017 (recurso 88/2017) 14 de julio de 2009 (recurso 70/2009) y 31 de marzo de 2011 (recurso 169/2011) de esta Sala y Sección recordábamos lo dicho en la Sentencia de 4 de febrero de 2008, recaída en el recurso de casación 926/2006* ***sobre la constante doctrina acerca de que nuestro ordenamiento parte del principio de eficacia de la actividad administrativa (art. 103.1 CE) y del principio de presunción de validez de la actuación administrativa*** *(art. 57 de la Ley del Régimen Jurídico de la*

> *Administración y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*" (la letra en negrita es mía).

Las ideas primera, segunda y cuarta pueden quedar resumidas como sigue, de acuerdo al ATS 23-2-2021 (rec.18/2021):

> "No habla la Ley de la Jurisdicción de la apariencia de buen derecho. No obstante, la ha considerado la jurisprudencia y encuentra reconocimiento legal en el artículo 728.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ahora bien, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha delimitado en términos muy restrictivos los supuestos en que cabe fundamentar en ella la adopción de medidas cautelares. Tal orientación se debe a que se trata de un criterio estrechamente ligado a la cuestión de fondo que ha resolverse en el proceso y, por eso, no parece que deba aplicarse cuando éste se encuentra en sus inicios, salvo en casos absolutamente claros; esto es, aquellos en los que *in ictu oculi*, de un vistazo, se aprecie el fundamento de la pretensión de quien pide la medida. Es lo que sucede cuando se impugnan actos de aplicación de leyes declaradas inconstitucionales o de disposiciones generales declaradas nulas, o bien cuando se recurran actuaciones idénticas a otras ya declaradas contrarias a Derecho, o sean manifiestas las infracciones al ordenamiento jurídico que aquejan a las impugnadas.Es reiterada y, por tanto, conocida la jurisprudencia que así lo dice. Bastará, pues, con remitirnos a las sentencias núm. 443/2017, de 14 de marzo (rec. cas. núm. 3212/2015) y la núm. 1668/2016, de 7 de julio (rec. cas. núm. 3454/2014), y las que en ellas se citan."

A continuación analizaremos una serie de **casos** recientes en que el TS se pronuncia sobre el fumus

1. El ATS 10/07/2023 (RC 78/2023)

Este auto que deniega la solicitud de suspensión del acuerdo del Consejo de Ministros de 5/12/2022 por el que se determina la sede física de la futura Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial (AESIA), publicado por Orden PMC/1203/2022, nos sirve para recordar la limitada aplicación de la apariencia de buen derecho como elemento para determinar la adopción de una medida cautelar dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa

El Ayuntamiento de Granada sustenta su pretensión, entre otros argumentos, en la apariencia de buen derecho, señalando, entre otras cosas, que "(...) ha sido prudente en su petición de medidas cautelares, en cuanto lo hace una vez que ha deducido demanda y conoce el contenido del expediente administrativo" y que "(...)la decisión del Consejo de Ministros se adopta ayuna de toda motivación toda vez que se elige para motivarla un determinado sistema (...).

Por otro lado, el Abogado del Estado

> "(r)eputa evidente que no existe fumus, porque no se da ninguno de los supuestos en que se permite su aplicación.

Sostiene que, ninguna duda cabe sobre la imposibilidad de suspender el acuerdo impugnado con base en el *fumus boni iuris*, atendido que dicho acuerdo:

-No incurre en causa de nulidad de pleno Derecho manifiesta.

-No se trata de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una disposición general que haya sido declarada nula.

-No se existe sentencia en instancia anterior que anule el acto.

-No se opone a una doctrina o criterio reiterado de la jurisprudencia".

Finalmente, la Sala considera que no concurre la apariencia de buen Derecho:

"Tiene razón el Abogado del Estado cuando recuerda el *alcance restringido* que la jurisprudencia da a la apariencia de buen Derecho como razón para fundamentar una medida cautelar. Dado que es reiterado el criterio de esta Sala sobre su aplicabilidad exclusivamente en los supuestos en que sea perceptible a simple vista la ilegalidad de la actuación sobre la que se pide, no es necesario citar sentencias o autos sobre el particular.

Sí recordaremos que esa percepción *solamente cabe en los casos en que* se está ante la aplicación de una disposición declarada nula, de la impugnación de actos idénticos a otros declarados contrarios a Derecho o de aquellos en los que ictu oculi, como recuerda el Abogado del Estado, se advierta la vulneración de derechos fundamentales o la presencia evidente de causas de nulidad. Y, en efecto, tiene razón el Abogado del Estado, no se dan tales circunstancias en las infracciones que denuncia el Ayuntamiento de Granada. En realidad, sus argumentos, reproduciendo lo vertido en la demanda, se refieren a aspectos que habrá que resolver al afrontar el *fondo del litigio*.

Tal como dijimos en el ATS de 2 de febrero de 2023, respecto a la designación de la sede de la Agencia Espacial Española, será al resolver *el fondo del asunto* el momento para establecer la procedencia o no de la determinación de la sede de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial antes de su creación y de juzgar los demás extremos suscitados por el Ayuntamiento recurrente en torno al procedimiento seguido, los criterios empleados y su conformidad o disconformidad con los preceptos constitucionales y legales aducidos" (las cursivas son mías).

2. Auto de 20 julio 2023 (RJ 2023\4631).

En esta ocasión el TS recibe una solicitud de suspensión de determinados preceptos del RD 35/2023, de 24 enero, por el que se aprueba la revisión de los planes hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro.

La parte recurrente “interesa (...) la medida cautelar de suspensión (...)” basándose, entre otros motivos, “(...) en la concurrencia de los requisitos de apariencia de buen derecho (...)[60]. Y por otra parte la Abogacía del Estado se opone a la solicitud de adopción de medidas cautelares, alegando, respecto del *fumus*, que

> “(...) no concurren los *supuestos muy limitados* en que podría operar el *fumus boni iuris*, y será en la contestación a la demanda donde se podrá alegar (a la vista de sus argumentos, aquí inexistentes) sobre la pretendida contradicción entre el Real Decreto y el Texto Refundido de la Ley de Aguas (RCL 2001, 1824, 2906), y en la *pieza principal* donde, con plenitud de conocimiento, el Tribunal podrá apreciar si concurre la misma. No existe el *fumus boni iuris* pretendido, sino más bien incluso una apariencia favorable a la conformidad a Derecho de la disposición recurrida” (la cursiva también es mía).

TS deniega la medida cautaler diciendo, respecto al *fumus*, con cita de varios autos, que

> “no estimamos determinante la invocación de la apariencia de buen derecho para justificar la adopción de la medida cautelar de suspensión. En este supuesto apreciamos, reiteramos, que la aplicación de la regla de apariencia de buen derecho va indisolublemente ligada al examen de la *cuestión de fondo*, lo que obligaría a pronunciarnos anticipadamente sobre la validez del Real Decreto impugnado, lo que está vedado al incidente cautelar” (la cursiva es mía).

3.ATS 30-3-2023 (RJ 2023\2425)

En esta ocasión, se pretende la “suspensión de resolución de 21 de diciembre de 2.022, del Pleno del CGPJ, por la que se aprueba una medida para cubrir una vacante en una sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, consistente en comisión de servicios con relevación de funciones a favor de magistrado”.

El TS sostiene que

> “(e)n el presente caso, es evidente, no concurre situación similar a las que pueden dar lugar al acogimiento de la "apariencia de buen derecho", sino que en la solicitud se invita a entrar sobre el *fondo de la cuestión*, sustentándose en unos presupuestos que no resultan tan categóricos como la parte pretende. En principio, el mandato legal parece incontestable, pero lo cierto es que se articula el nuevo nombramiento sobre una nueva comisión de servicios, constituyendo la denuncia de fraude la ratio decidendi, que no es posible despejar en esta pieza sino una vez que se cuente en plenitud con todos los elementos necesarios” (la cursiva es mía)

[60] La resolución comentada no precisa la argumentación de la recurrente.

No obstante, la magistrada CELSA PICO LORENZO formuló un voto particular en que afirma que sí concurre la apariencia de buen Derecho y que “debería haber lugar a la suspensión cautelar interesada”.

CONCLUSIONES

I.Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo se caracterizan por cinco rasgos, a saber, la instrumentalidad, la provisionalidad, la urgencia, la funcionalidad y la jurisdiccionalidad, y su fundamento es el mantenimiento de la efectividad de la sentencia y, por tanto, el respeto a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)

II.El desarrollo de la tutela cautelar está fuertemente vinculado a la jurisprudencia del TJCE.

III.La tutela cautelar, como decimos, está estrechamente ligada al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en tanto en cuanto aquella forma parte de esta, según el TC.

IV.Las condiciones que se requieren para la adopción de una medida cautelar han variado en las diferentes leyes reguladoras de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

V.La ley actual establece expresamente dos requisitos de adopción de las medidas cautelares: el *periculum in mora* y la ponderación de intereses.

VI.En lo que respecta al *fumus*, no se consagra en la vigente Ley, ni en ninguna de las anteriores, sin perjuicio de que exista alguna postura doctrinal que sostenga que este criterio sí se desprende de la ley.

VII.La primera resolución judicial que reconoce el *fumus boni iuris* como criterio a considerar en la adopción de medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo es el auto del TS de 20 de diciembre de 1990.

VIII.Los autos posteriores del TS no han interpretado uniformemente este principio.

IX.El papel que el *fumus* desempeña varía según la actividad administrativa considerada. En lo que respecta a los actos administrativos (art. 130 LJCA), la jurisprudencia y la doctrina establecen una relación directa entre el fumus y la teoría de la nulidad de los actos administrativos. En lo que atañe a la

inactividad material y la vía de hecho administrativa (art. 136 LJCA), se alude a una variante negativa del *fumus boni iuris* o un *fumus non mali iuris*.

X.Actualmente, el TS admite este principio en determinados casos:

-en supuestos de *nulidad de pleno derecho*, siempre que sea *manifiesta*;

-de *actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula*;

-de existencia de una *sentencia que anula el acto en una anterior instancia aunque no sea firme*;

-de existencia de un criterio *reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz*

-o, de modo muy excepcional, de *prosperabilidad ostensible de la demanda*".

XI.El *fumus* no sirve por sí solo para fundamentar una petición de justicia cautelar sino que precisa la concurrencia del *periculum in mora* y la ponderación de intereses en juego.

XII.El alcance de la apariencia de buen Derecho viene muy limitado por la imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto, dado que de hacerlo se vulneraría el derecho fundamental al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba (art. 24 CE).

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

BACIGALUPO, M., *La nueva tutela cautelar en el orden contencioso-administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999

CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, CEDAM, Padova, 1936

CASES PALLARÉS, L., La adopción de las medidas cautelares motivadas en la nulidad de pleno derecho del acto administrativo, "REDA", nº- 76, 1992

CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1991

CHINCHILLA MARÍN, C., *Medidas cautelares*, en “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998”, REDA, 100 (1999)

G. CHIOVENDA, Notas a Cass. Roma, 7 de marzo de 1921, en “Giur. civ. e comm.”, 1921

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares*, Ed. Civitas, Madrid, 1992

GOMEZ FERNÁNDEZ, D., (2023), ¿Cuándo debo pedir la medida cautelar contra un reglamento en el proceso contencioso-administrativo?, *BlogEsdeJusticia*, https://www.derechoadministrativoyurbanismo.es/post/cu%C3%A1ndo-debo-pedir-la-medida-cautelar-contra-un-reglamento-en-el-proceso-contencioso-administrativo

GÓMEZ PUENTE, M., La inactividad de la Administración, Ed. Aranzadi, Navarra, 1997

JIMÉNEZ PLAZA, C., *El fumus boni iuris: Un análisis jurisprudencial*, Ed. Iustel, Madrid, 2005

QUINTANILLA LÓPEZ, T., *Las medidas cautelares en el proceso administrativo italiano*, “REDA”, nº 64, 1989

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General Tomo II*, Ed. Iustel, Ed. 5ª, Madrid, 2018.

T. FONT I LLOVET, *Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos*, “REDA”, 34, 1982

V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal*, tomo I, volumen II de la obra colectiva de V. GIMENO SENDRA, V. MORENO GALENA, J. ALMAGRO NOSETE y el autor citado, Tirant to Blanch, Valencia, 1989

LEGISLACIÓN

Constitución Española de 1978

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1888

Ley de 27 de diciembre de 1956 reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

RESOLUCIONES JUDICIALES

- Europeas

Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 1990. C-213/89

Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1991. Asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89

Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1995. C-465/93.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 1996. Asunto C-68/95.

- Nacionales

1. Autos TS

ATS 10-abril-1990

ATS 10-mayo-1990

ATS 24-mayo-1990

ATS 27-junio-1990

ATS 16-octubre-1990

ATS 17-octubre-1990

ATS 11-diciembre-1990

ATS 20-diciembre-1990

ATS 21-enero-1992

ATS 30-enero-1992

ATS 17-marzo-1992

ATS 13-marzo-1995

ATS 10-julio-1995

ATS 7-noviembre-1995

ATS 31-mayo-1996

ATS 7-marzo-1997

ATS 16-junio-1997

ATS 4-noviembre-1998

ATS 25-enero-1999

ATS 6-abril-1999

ATS 12-septiembre-2000

ATS 4-octubre-2000

ATS 26-diciembre-2000

ATS -5-febrero-2001

ATS 3-abril-2001

ATS 8-mayo-2012

ATS 29-octubre-2019

ATS 24-septiembre-2020

ATS 23-febrero-2021

ATS 25-febrero-2021

ATS 18-mayo-2022

ATS 19-septiembre-2022

ATS 30-marzo-2023

ATS 13-junio-2023

ATS 10-julio-2023

ATS 20-julio-2023

ATS 12-septiembre-2023

ATS 10-abril-2024

2. Sentencias TS

STS 4-mayo-1995

STS 14-marzo-2017

3. Sentencias TC

STC 66/1984, FJ 3º

STC 14/1992, FJ 7º

STC 238/1992, FJ 3º

STC 78/1996, FJ 3º