

La suspensión de la ejecutividad de un acto administrativo sobre la base del *fumus boni iuris*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES DE HECHO: EL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO Y SU NULIDAD DE PLENO DERECHO. 2.1. *La imposición de penalidades*. 2.2. *La Administración incurre en causa objetiva de resolución contractual y para eludirla, ordena, arbitrariamente y contra legem, descertificar certificaciones aprobadas y facturadas*. 2.3. *Las actuaciones contra legem de la Administración*. 2.3.1. Respecto de la antijurídica aplicación retroactiva de la imposición de las penalidades. 2.3.2. Respecto de la antijurídica “descertificación”. 3. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA MEDIDA CAUTELAR. 3.1. *La suspensión del acto administrativo está admitida como medida cautelar*. 3.2. *La apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)*. 3.3. *El periculum in mora*. 3.4. *Caución o garantía*. 4. LA POSTURA DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL PROCESO CAUTELAR. 5. EL AUTO N.º 22/2022, DICTADO POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 6. LA IMPUGNACIÓN DEL AUTO Y LA SENTENCIA DE APELACIÓN DICTADA POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

Previo a la descripción sinóptica del caso que se va a exponer se considera necesario indicar que el asunto aquí tratado se refiere a la adopción de una medida cautelar acordada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Segovia (mediante Auto n.º 22/2022) ratificado por la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) mediante la Sentencia de Apelación n.º 266/2022.

Destáquese, antes de continuar con el presente artículo, que los actos administrativos a los que se hará mención han sido dictados por una entidad local, ubicada en la provincia de Segovia, en el seno de un contrato administrativo de ejecución de obra adjudicado a mi representada, la empresa de construcción.

En concreto, la medida cautelar consistió en suspender la ejecutividad de un acto administrativo consistente, entre otros extremos, en la decisión por parte del órgano de contratación de reclamar a la contrata el abono de 1.835.334, 27 €, consecuencia del saldo resultante de la certificación final de obra y de la aplicación de penalizaciones con carácter retroactivo.

Sin perjuicio de analizarlo con más detalle seguidamente, ahora y con carácter introductorio, se debe indicar que la resolución que se impugnó y de la que se pidió la suspensión cautelar, estaba, en nuestra opinión, “*tildada*” de nulidad al no haberse ni “*generado*” ni emitido la certificación final de obra del contrato de conformidad con lo prevenido en el artículo 166 del Reglamento General de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

La argumentación jurídica que se alegó en la pieza cautelar fue (*grosso modo* y además de la nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada), que en el derecho público las prerrogativas exorbitantes de la Administración y la consiguiente necesidad de la justicia cautelar de constituir un contrapeso a dichas prerrogativas, especialmente respecto de la ejecutividad de la actuación administrativa, ha determinado, entre otras

consecuencias, que el *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho se desdibuje como requisito de carácter negativo (limitándose a casos extraordinarios) y se convierta en un criterio positivo, junto con otros, para determinar la procedencia de la medida cautelar.

Sobre la base de lo anterior, se continuó indicando que la doctrina del *fumus bonis iuris* supone una gran innovación respecto a los criterios que tradicionalmente venían siendo considerados a la hora de acordar o denegar la suspensión; de manera que dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día se declare en la sentencia definitiva, las posiciones de las partes y los fundamentos jurídicos de su pretensión a los meros fines de la tutela cautelar, como ha admitido el Tribunal Supremo¹.

La doctrina del Alto Tribunal, por tanto, apuesta por el *fumus bonis iuris* como palanca importante para informar sobre la concesión de la medida cautelar, sobre todo, cuando el acto administrativo apunta, indiciariamente, a su nulidad, debiéndose, de manera concluyente indicar, que, en la actualidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite el criterio de apariencia de buen derecho, entre otros, en supuestos de nulidad de pleno Derecho, como es el caso sobre el que versa este artículo.

Destáquese, no obstante, que aun no siendo la pieza de suspensión cautelar el lugar indicado para enjuiciar de manera definitiva la legalidad de la actuación administrativa impugnada, si hay destacada y mayoritaria doctrina que permite valorar la existencia del derecho con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, a los meros fines de la tutela cautelar.

2. Antecedentes de hecho: el acto administrativo impugnado y su nulidad de pleno derecho

Como se argumentó en el proceso judicial, el acto administrativo impugnado constituye, al igual que otros actos administrativos también *sub iudice* en el procedimiento, una nueva muestra de la arbitrariedad y desviación de poder con la que actúa la entidad local demandada, si bien en este caso el acto impugnado es nulo de pleno Derecho al haberse dictado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido [*ex art. 47.1 e*] de la Ley 39/2015²].

Dicho lo anterior, debemos acreditar, para sostener la cautelar, la nulidad de pleno Derecho del acto administrativo impugnado.

Tal y como consta en el *Antecedente Segundo* de la Resolución impugnada, la Administración demandada indica lo siguiente:

“El 28 de octubre de 2021, se inicia la comprobación y medición para proceder a la apertura de la fase de liquidación de las obras realizadas conforme al artículo

¹ 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.

² 1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

...

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

246.1 de la LCSP. A la vista del volumen del inmueble, dicha comprobación y medición, se acuerda hacer en 5 días y según la disponibilidad manifestada por los agentes implicados; resultando los días que efectivamente se ha asistido y que fueron el 8, 15, 21 y 28 de octubre.

El 29 de octubre de 2021, se reúnen por quinto día los asistentes que se han reseñado en el encabezamiento del acta, con el objeto de entregar a la constructora, las mediciones y propuesta de liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista, como consecuencia de la resolución del contrato y conforme al artículo 246.1 de la LCSP.

Cada documento quedó firmado por cuádruplicado y, ese mismo día 29 de octubre, se hace entrega de los mismos en mano a cada uno de los agentes asistentes constructora, dirección de obra y dirección de ejecución”.

Expuesto cuanto antecede y antes de continuar con lo que indica la Resolución impugnada, se debe destacar que la entidad local, ciertamente, convocó el 28 de octubre de 2021 a la contrata para entregarle, el 29 de octubre, las mediciones de la obra ejecutada y la propuesta de liquidación.

Si bien y a pesar de lo expuesto en la convocatoria y de lo que afirma la Resolución impugnada, no es cierto que el 29 de octubre se entregaran a mi representada:

- 1.– Ni las propuestas de certificación final de obra y de liquidación del contrato principal y modificado, ni
- 2.– Que se le emplazara (*ex art. 166.5³ RGLCAP⁴*) para que, en el plazo de 5 días, prestara su conformidad o manifestara reparos a la medición realizada por la Administración demandada.

Lo que realmente sucedió y así consta en autos, de ahí la nulidad del acto al prescindir del procedimiento legalmente establecido [*ex arts. 47.1 e) de la Ley 39/2015 en concordancia con el art. 166.5 RGLCAP*], fue que la entidad local entregó a mi mandante, el 29 de octubre, i) una aparente certificación final de obra (y de liquidación) del contrato principal y, ii) una aparente certificación final de obra (y de liquidación) del contrato modificado.

Destáquese y sobre ello se volverá, que la Administración no entregó a la contrata ni el resultado de su medición de la obra, ni la emplazó –en trámite de audiencia– para prestar conformidad y/o disconformidad a la medición, ni tampoco le entregó la certificación final de obra pese a tener la apariencia de ello.

Llegados a este punto, es donde se considera necesario destacar porqué la Administración recurrida no cumplió lo prevenido el art. 166 RGLCAP para elaborar la certificación final

³ *El resultado de la medición se notificará al contratista para que en el plazo de cinco días hábiles preste su conformidad o manifieste los reparos que estime oportunos.*

⁴ *Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RDL Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.*

de obra, incumplimiento del procedimiento que hace que el acto administrativo impugnado sea, como es sabido, nulo de pleno Derecho.

Veamos en primer término, para evidenciar la nulidad, qué es lo que exige el art. 166 RGLCAP para la creación de las certificaciones finales y, en segundo lugar, lo que ha hecho la entidad local demandada.

Del artículo 166 RGLCAP (titulado “*Medición general y certificación final de las obras*”), en sus apartados 5.º y siguientes, se desprende lo siguiente:

- El resultado de la medición se notificará al contratista para que en el plazo de cinco días hábiles preste su conformidad o manifieste los reparos que estime oportunos.
- Las reclamaciones que estime oportunas hacer el contratista contra el resultado de la medición general las dirigirá por escrito en el plazo de cinco días hábiles al órgano de contratación por conducto del director de la obra, el cual las elevará a aquél con su informe en el plazo de diez días hábiles.
- Sobre la base del resultado de la medición general y dentro del plazo que establece el apartado 1⁵, el director de la obra redactará la correspondiente relación valorada.
- Dentro de los diez días siguientes al término del plazo que establece el apartado 1, el director de la obra expedirá y tramitará la correspondiente certificación final.
- Dentro del plazo de dos meses, contados a partir de la recepción de la obra, el órgano de contratación deberá aprobar la certificación final de las obras ejecutadas, que será abonada, en su caso, al contratista dentro del plazo de dos meses a partir de su expedición a cuenta de la liquidación del contrato....

De lo extractado en el citado artículo se debe destacar, i) que la Administración debe dar traslado a la contrata de su propuesta de medición, emplazándola (de forma clara, inequívoca y por término de 5 días) para que preste conformidad o disconformidad y, ii) que, tras el cumplimiento de los trámites descritos en el citado precepto, el órgano de contratación debe aprobar la certificación final de las obras.

Una vez expuesto el camino procedimental que exige el RGLCAP para la creación –*ex lege*– de toda certificación final de obra, se analizará lo que ha hecho la entidad local demandada.

Como se ha dicho, la entidad local, en la *Cuarta Acta de comprobación y medición*, de 28 de octubre de 2022, convoca a la contrata, el 29 del mismo mes y año, para hacer entrega de las mediciones y de la propuesta de liquidación de la obra ejecutada. Si bien y no obstante lo indicado, lo que la Administración entregó el 29 de octubre a mi mandante, no fueron las propuestas de medición del contrato principal y modificado, sino “*supuestas*” certificaciones finales de obra.

⁵ Recibidas las obras se procederá seguidamente a su medición general con asistencia del contratista, formulándose por el director de la obra, en el plazo de un mes desde la recepción, la medición de las realmente ejecutadas de acuerdo con el proyecto. A tal efecto, en el acta de recepción el director de la obra fijará la fecha para el inicio de dicha medición, quedando notificado el contratista para dicho acto. Excepcionalmente, en función de las características de las obras, podrá establecerse un plazo mayor en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Y decimos “*supuestas certificaciones finales*” porque, pese a no haberse elaborado siguiendo el procedimiento prevenido en el art. 166 RGLCAP, pretenden tener apariencia de legalidad al venir firmadas por el Ayuntamiento, por los Directores de Obra y por el Director de Ejecución.

Consecuencia de la conculcación del procedimiento del art. 166 RGLCAP, mi representada, para no consentir acto –o actuación administrativa– alguno, manifestó su disconformidad con las “*supuestas certificaciones finales*” de dos maneras distintas: manifestando discrepancia en el cuerpo de tales *certificaciones* e impugnándolas judicialmente (y *ad cautelam*) como obra en los autos del procedimiento de referencia.

Destáquese al respecto, que cuando el Juzgado le dio traslado al Ayuntamiento para que presentara alegaciones respecto de dicha impugnación, éste manifestó que tales certificaciones no eran actos administrativos, lo que es lo mismo que reconocer que no eran certificaciones finales de obra; pues, como es sabido, son las únicas certificaciones que se constituyen como auténticos actos administrativos –susceptibles de impugnación judicial– al “*crearse*” mediante resolución del órgano de contratación.

Por otro lado, pero en la misma línea, el Juzgado resolvió –respecto de esas aparentes certificaciones– no ampliar el proceso a las mismas, al no ser certificaciones finales ni, por tanto, actos administrativos.

No obstante lo expuesto y antes de continuar analizando la cautelar a la que se refiere este escrito, se considera necesario (para destacar la arbitrariedad y abuso de poder con el que actuaba el poder adjudicador) hacer una breve referencia a otros actos administrativos, dictados por el órgano de contratación incurriendo, como se ha dicho, en desviación de poder y arbitrariedad, estando, por tanto, “*salpicados*” de ilegalidad.

Veamos cuales son estos actos administrativos:

2.1. La imposición de penalidades

El Ayuntamiento dictó dos resoluciones, también impugnadas en sede judicial, mediante las que acordó la imposición de penalidades a mi mandante por demora en la ejecución del contrato: la primera, mediante Decreto de la Alcaldía 2020/04725 (por demora hasta el 30 marzo 2021) y la segunda mediante Decreto de Alcaldía 2021/02297 (por demora desde el 13 de abril hasta el 17 de julio).

Destáquese que ambas penalidades se impusieron, por considerar imputable a mi mandante la demora en la ejecución del contrato.

Frente a tales resoluciones municipales, mi representada, en fase administrativa, arguyó, *grosso modo*, que la demora en la realización de la obra había sido causada por los siguientes motivos:

- La tardía definición de determinadas unidades de obra, que la dirección facultativa ordenó ejecutar durante la fase constructiva para subsanar errores del proyecto modificado.
- El retraso del órgano de contratación en la realización de las actuaciones necesarias para obtener el suministro eléctrico del edificio,

imposibilitando, de esa manera, que la contrata pudiera cumplir el programa de trabajo.

- La falta de suministro de gas para las instalaciones del edificio, lo que impide, por motivos igualmente imputables al Ayuntamiento, la definitiva terminación de la obra.
- La aparición, consecuencia del deficiente proyecto modificado, de unidades de obra nuevas, cuya ejecución resultaba necesaria pero que requieren, antes de ejecutarse, de la aprobación, previa audiencia al contratista, por el órgano de contratación de los correspondientes precios contradictorios.

En lo que al último punto se refiere, se debe recordar que la contrata, desde la rigurosa legalidad, no puede ejecutar unidades nuevas sin la previa aprobación del precio contradictorio que las recoja, tal y como exige el art. 242.4 b) ii LCSP⁶ y los arts. 158.1⁷ y 162.2 RGLCAP⁸; es decir, que hasta que el órgano de contratación no aprueba el precio de las nuevas unidades a realizar, la contrata no debe (*ex lege*) ejecutar ninguna de ellas.

Destáquese no obstante y nuevamente, la arbitrariedad y abuso de poder con el que actúa el Ayuntamiento, pues en un trato impositivo “*obligó*” a mi mandante a ejecutar unidades nuevas sin la previa aprobación del correspondiente precio contradictorio.

Adviértase, por tanto, como obra en el proceso, que el órgano de contratación no aprobó, hasta el 29 de octubre de 2021, la ejecución de las nuevas unidades, imponiendo, como se ha dicho, a la contrata la ejecución de las mismas sin la contraprestación previamente acordada.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe destacar, por otro lado, que a pesar de la postura “*al margen*” de la legalidad con la que actúa el Ayuntamiento (absolutamente invasiva, impositiva y arbitraria), mi mandante –pese al atropello al que le sometía la Administración– tuvo que “*claudicar*” y hacer las nuevas unidades sin tener conocimiento del precio que por la realización de éstas iba a facturar.

⁶ Cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto y se cumplan los requisitos que a tal efecto regula esta Ley, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con las siguientes actuaciones:

- a) Redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma.
- b) Audiencia del contratista y del redactor del proyecto, por plazo mínimo de tres días.
- c) Aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos.

⁷ Precio de las unidades de obra no previstas en el contrato.

1. Cuando se juzgue necesario emplear materiales o ejecutar unidades de obra que no figuren en el proyecto, la propuesta del director de la obra sobre los nuevos precios a fijar se basará en cuanto resulte de aplicación, en los costes elementales fijados en la descomposición de los precios unitarios integrados en el contrato y, en cualquier caso, en los costes que correspondiesen a la fecha en que tuvo lugar la adjudicación.

2. Los nuevos precios, una vez aprobados por el órgano de contratación, se considerarán incorporados a todos los efectos a los cuadros de precios del proyecto, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 146.2 de la Ley.

⁸ Cuando sea necesaria la ejecución de unidades nuevas no previstas en el proyecto, el director de las obras elevará al órgano de contratación las propuestas de los precios nuevos y la repercusión sobre el plazo de ejecución del contrato. La conformidad por parte del contratista a los nuevos precios y a la variación del plazo total de la obra será condición necesaria para poder comenzar los trabajos correspondientes a las unidades nuevas.

De manera muy sinóptica se podría concluir, que si la postura del contratista no hubiera sido de total colaboración (a veces de impuesta sumisión) una parte importante de la obra no se hubiera podido comenzar a ejecutar hasta el 30 de octubre de 2021, un día después de la aprobación de los referidos precios nuevos; extremo que desvirtúa, por sí solo, la imposición de las penalidades por retraso a la contrata.

Y en la misma línea, acreditando la tardía y extemporánea aprobación de estos precios, se aprecia que el “*Considerando 6.*” de la resolución impugnada hace referencia a la aprobación de precios nuevos por trabajos ejecutados fuera de contrato, precios de los que se dio traslado a la contrata el 29 de octubre de 2021, sin que los mismos fueran fijados, incurriendo en otra ilegalidad, previa audiencia al contratista (*ex art. 242 LCSP*).

2.2. La Administración incurre en causa objetiva de resolución contractual y para eludirla, acuerda, arbitrariamente y *contra legem*, descertificar certificaciones aprobadas y facturadas

De igual modo y como obra en autos, mi mandante solicitó se declarase resuelto el contrato por causas imputables a la Administración (*ex art. 198.6º LCSP*), al haber incurrido ésta en un retraso superior a 6 meses en el pago de las certificaciones de obra correspondientes a las mensualidades de enero y febrero de 2020 del contrato principal y de la certificación de marzo del contrato modificado. Peticiones de la contrata que el Ayuntamiento desestimó mediante los Acuerdos n.º 742 (de 29 de octubre de 2020) y 928 (de 17 de diciembre del mismo año), también impugnados en el procedimiento.

Destáquese que la petición de resolución se hizo sobre la base de las certificaciones ordinarias que de enero a abril de 2020 la Administración expidió, respecto del contrato principal y del contrato modificado.

Que no obstante lo anterior y como consta en autos, llegado el mes de junio de 2020 el Ayuntamiento no sólo no había abonado ninguna de las citadas certificaciones, sino que (acudiendo nuevamente a la arbitrariedad) tampoco había certificado los trabajos ejecutados por la contrata durante los meses de mayo y junio del citado año.

Ante esta tesitura, mi mandante mediante escrito, de 23 de julio de 2020, reclamó el pago de las indicadas certificaciones y la tramitación de las de mayo y junio de 2020, reclamación que la entidad local demandada resolvió, como consta en los citados Acuerdos n.º 742 y 928, haciendo remisión al Informe elaborado por el responsable municipal del contrato de 1 de septiembre de 2020, que decidió aplicar *retroactivamente* a las certificaciones ya emitidas y facturadas, el importe de las penalizaciones impuestas por supuesto (e inexistente) retraso sufrido con mucha posterioridad a la fecha de tales certificaciones, adoptando la ilegal decisión de “*descertificar*” los importes ya certificados, todo ello con la evidente pretensión de eludir la responsabilidad que se deriva de su falta de pago.

Expuesto cuanto antecede, se procederá –de manera indiciaria y sucinta– a indicar la ausencia de solvencia jurídica que implica, tanto la aplicación de la imposición de penalidades de manera retroactiva, como la de descertificar las certificaciones ya emitidas y facturadas.

⁹ Si la demora de la Administración fuese superior a seis meses, el contratista tendrá derecho, asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen.

2.3. Las actuaciones *contra legem* de la Administración

Como se ha dicho, la Corporación Local demandada pretende eludir las consecuencias derivadas de sus incumplimientos amparándose en el ejercicio de potestades legales, mediante la aplicación *retroactiva* a certificaciones emitidas, aprobadas y facturadas con anterioridad a las penalizaciones impuestas por un inexistente retraso en la obra por parte de la contrata, adoptando, como se ha dicho, la ilegal decisión de *descertificar* tales certificaciones. Actuaciones que, como se verá, son antijurídicas.

2.3.1. Respeto de la antijurídica aplicación retroactiva de la imposición de las penalidades

El criterio de la Administración (aplicación *retroactiva* de penalidades para no abonar trabajos ejecutados, certificados y facturados con anterioridad a éstas) vulnera la regla general de *irretroactividad* de los actos administrativos, que solamente admite una excepción referida a dos supuestos concretos que nada tienen que ver con este caso.

En este sentido, como señala el art. 39.3 Ley 39/2015, “*excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, así como cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas*”.

En sintonía con lo expuesto, como es sabido, el art. 9.3 de la Constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales; principio, por otro lado, íntimamente unido a la más elemental regla de seguridad jurídica que actúa como límite de la *retroactividad*.

Así lo recordaba la conocida Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 2018 (asunto C-167/17), señalando que “*ciertamente, el principio de seguridad jurídica, cuyo corolario es el de protección de la confianza legítima, exige en particular que las normas jurídicas sean claras, precisas y de efectos previsibles, en especial cuando puedan tener consecuencias desfavorables para los particulares y las empresas (sentencia de 22 de junio de 2017, Unibet International, C-49/16, EU:C:2017:491, apartado 43 y jurisprudencia citada)*”.

La seguridad jurídica, por tanto, es un valor esencial del Estado de derecho, por lo que si un acto es contrario a la seguridad jurídica, ha de anularse, tal como proclama la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 234/2012, de 13 de diciembre, según la cual “*el principio de seguridad jurídica consagrado constitucionalmente en el art. 9.3 CE ‘ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero [RTC 1986, 15]), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero, F. 5), o como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, de 15 de marzo [RTC 1990, 46] F. 4)*’. Es la razonable previsión de las consecuencias jurídicas de las conductas, de acuerdo con el ordenamiento y su aplicación por los Tribunales, la que permite a los ciudadanos gozar de una tranquila convivencia y garantiza la paz social y el desarrollo económico”.

En consecuencia, la *retroactividad* queda constitucionalmente vedada para las disposiciones sancionadoras y no favorables, y, también, para las restrictivas de derechos individuales, no cabiendo duda, como se ha demostrado, que las resoluciones municipales de imposición de penalidades constituyen actos evidentemente “*no favorables*” o restrictivos de derechos.

Por esa razón, como se ha visto anteriormente, el art. 39.3 Ley 39/2015, solamente permite la retroactividad de los actos administrativos de manera excepcional, para resoluciones que sean favorables o sustitutivas de otros actos ya anulados (lo que nada tiene que ver con el caso que nos ocupa).

En este sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 112/2006, de 5 de abril al decir lo siguiente:

“La interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento jurídico contrarias al art. 9.2 CE, que lo que prohíbe es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores” ...

”Sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 CE, cuando incide sobre ‘relaciones consagradas’ y afecta a ‘situaciones agotadas’”.

En un sentido similar se han pronunciado, también, las Sentencias del Tribunal Constitucional n.º 45/2018, de 26 abril y n.º 51/2018, de 10 de mayo.

En coherencia con lo expuesto, es obvio, que, conforme a lo previsto en el art. 194 LCSP, el importe de la penalización que se haya impuesto al contratista solamente puede hacerse efectivo por el siguiente orden:

- Mediante la deducción (o no pago) de las certificaciones futuras (no las pasadas o ya emitidas) que recojan los trabajos ejecutados con posterioridad al acto administrativo de imposición de penalidades.
- Mediante la incautación de la garantía constituida, para el caso de no ser suficiente con los trabajos certificados a partir de la fecha en la que se dictó el acuerdo (o acto).
- Finalmente, en defecto de lo anterior, la Administración puede exigir al contratista la indemnización de los daños y perjuicios causados y no cubiertos por los conceptos anteriormente indicados.

Lo anterior tiene pleno amparo en el art. 110 LCSP, que recoge la posibilidad de imputar las penalidades a la garantía definitiva de la obra, razón por la cual el art 109 LCSP exige al contratista la reposición o ampliación de dicha garantía en caso de que las penalidades se hagan efectivas sobre la misma.

Sin embargo, la Corporación Local demandada, desoyendo el régimen legal anterior y el más elemental principio general de irretroactividad de las disposiciones desfavorables o restrictivas de derechos, pretende aplicar la imposición de penalidades de manera retroactiva a certificaciones que se encuentran en situación de mora.

2.3.2. Respeto de la antijurídica “descertificación”

Si la conducta anteriormente denunciada es arbitraria y contraria a la legalidad, no lo es menos la improcedente e ilegal “descertificación” que exige el Ayuntamiento; actuación contraria a Derecho, esencialmente, por los siguientes motivos:

- Porque la Administración no puede ir contra sus propios actos.
- Porque ninguna de las certificaciones de obra pendientes de pago que el Ayuntamiento pretende eludir han sido declaradas nulas ni lesivas a través de los procedimientos contemplados en los arts. 106¹⁰ y 107¹¹ LPAC. En este sentido, como es bien sabido, todo acto de la Administración (como es el caso de las certificaciones emitidas) surte plenos efectos desde su nacimiento, sin que dicha Administración pueda negarse de oficio a su cumplimiento o privar al acto de eficacia si no es a través de los procedimientos de *nulidad* o *declaración de lesividad* previstos en los citados preceptos, y siempre y cuando

¹⁰ **Revisión de disposiciones y actos nulos.**

1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1.

2. Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones Públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47.2.

3. El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 47.1 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

4. Las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma.

5. Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo.

¹¹ **Declaración de lesividad de actos anulables.**

1. Las Administraciones Públicas podrán impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 48, previa su declaración de lesividad para el interés público.

2. La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en los términos establecidos por el artículo 82.

Sin perjuicio de su examen como presupuesto procesal de admisibilidad de la acción en el proceso judicial correspondiente, la declaración de lesividad no será susceptible de recurso, si bien podrá notificarse a los interesados a los meros efectos informativos.

3. Transcurrido el plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad, se producirá la caducidad del mismo.

4. Si el acto proviniera de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, la declaración de lesividad se adoptará por el órgano de cada Administración competente en la materia.

5. Si el acto proviniera de las entidades que integran la Administración Local, la declaración de lesividad se adoptará por el Pleno de la Corporación o, en defecto de éste, por el órgano colegiado superior de la entidad.

se cumplan todos los requisitos y trámites que dichas normas recogen (y que, obviamente, no se han verificado en este caso).

La *descertificación* que plantea el Ayuntamiento es, por tanto, antijurídica y así lo avala la Jurisprudencia que recoge los mismos argumentos que ya hemos expuesto con anterioridad. Tal es el caso, entre otros pronunciamientos, de la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 8.^a) de 8 de junio de 2020 ([JUR 2020, 229679], recurso n.º 453/2017), que señala:

“Estima la recurrente que la Administración no puede descertificar de manera unilateral una unidad de obra ya ejecutada, alegando la existencia de un error que no existía cuando se certificó....

En opinión de la Sala, debe acogerse el planteamiento de la recurrente por las siguientes razones (...) la Administración debe ser consecuente con sus propios actos...”.

En sintonía con lo anterior, Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (secc. 7.^a) de 14 de mayo de 2014 (RJ 2014, 4353), establece en su Fundamento de Derecho quinto lo siguiente:

“Las prerrogativas de interpretación y modificación que durante la fase de ejecución del contrato corresponden a la Administración (artículos 194 y 195 de la LCSP), así como el carácter obligatorio que tienen las modificaciones para el contratista en el contrato de obras (artículo 217), hace que las obras del contratista certificadas por la Administración deban ser consideradas un correcto cumplimiento de su prestación contractual y, por ello, título bastante para exigir de la Administración contratante, el pago del precio con el régimen de plazo e intereses que establece el artículo 200 de la LCSP”.

En coherencia con esta corriente jurisprudencial, la Sentencia de la Sala Tercera Tribunal Supremo (secc. 7.^a) de 16 de abril de 2002 (RJ 2002, 7006) señala que *“...las obras cuya realización se reclama, fueron aprobadas por los Técnicos competentes y por el propio Ayuntamiento, que no puede ir en contra de sus propios actos, por lo que deben ser abonadas, sin perjuicio de la responsabilidad en que se hubiera podido incurrir si tales obras no responden a la realidad, a dilucidar en la vía que corresponda”.*

Con igual claridad se pronuncia también la Sentencia de la Sala Tercera del TS (secc. 7.^a) de 28 de enero de 2003 (RJ 2003, 1507), que expresa:

“La doctrina que fija la Sala entiende que la Administración debía de haber acudido a las manifestaciones y mediciones de los facultativos que expidieron la certificación adosada y la nueva aprobada, debiendo mantenerse la certificación aprobada en mayo de 1995 a reserva de lo que pudiera resultar en definitiva, por cuanto que, a juicio de la Sala de instancia, ni se utiliza el procedimiento de revisión previa declaración de lesividad, ni tampoco se acude a una medición definitiva.

Esto es, el Ayuntamiento no podía cambiar el contenido de una Certificación de obras aprobada por la Corporación sin recurrir a la declaración de lesividad...”.

Queda claro, por tanto, que el Ayuntamiento, sin previa declaración de lesividad o de nulidad, no podía cambiar el contenido de ninguna certificación de obra emitida, aprobada y facturada, por cuando la invariabilidad de los actos administrativos y la irretroactividad de las disposiciones desfavorables o restrictivas así lo impiden.

3. La fundamentación jurídica de la medida cautelar

Expuestos, *grosso modo*, los antecedentes fácticos de la cautelar solicitada, se hará mención a los fundamentos jurídicos que ampararon dicha pieza.

3.1. La suspensión del acto administrativo está admitida como medida cautelar

La medida cautelar de *suspensión del acto administrativo* resulta adecuada para el tipo de resolución impugnada y, además, plenamente admitida con arreglo al art. 129.1 LRJCA, que admite la posibilidad de solicitar “*cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*”, introduciendo, con ello, un sistema “*numerus apertus*”.

Así lo señala, además, reiterada jurisprudencia, en pronunciamientos como las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2004 (RJ 2004, 5381), 21 de febrero de 2005 (RJ 2005, 2969) y 14 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5542).

3.2. La apariencia de buen Derecho (*fumus boni iuris*)

Como es sabido, el *fumus boni iuris* en el orden contencioso-administrativo hizo aparición en España, desde el punto de vista dogmático, de la mano de los trabajos doctrinales del profesor García de Enterría¹² basados en el análisis jurisprudencial español y comunitario; doctrina y jurisprudencia que restringen su uso casi exclusivamente a los supuestos en los que se constata, como es el caso, la nulidad del acto administrativo impugnado.

Consecuencia de lo expuesto, se debe indicar que la paulatina inclusión del *fumus boni iuris* en el orden contencioso-administrativo ha tenido lugar de la mano del derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como ha reconocido expresamente el Tribunal Supremo en su Auto de 8 de marzo de 2001 que dice:

“La jurisprudencia de este Tribunal realizó una exégesis del art. 122 de la Ley Jurisdiccional de 1956 para acomodarlo al art. 24 CE, sobre la base de entender el derecho a la tutela cautelar como una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. Y consecuencia de lo anterior admitió el fumus boni iuris, o apariencia de buen derecho, como elemento integrador del repetido art. 122 a efectos de otorgar la tutela cautelar”.

El inicio de esta Jurisprudencia lo constituye, como es sabido, el Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990. En esta resolución judicial se vincula la tutela cautelar al derecho a la tutela judicial efectiva, aludiendo, además, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en concreto a la Sentencia *Factortame*, dictada pocos meses antes del Auto en cuestión, el 19 de junio de 1990.

¹² La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español. Ed. Civitas. Madrid 3.ª ed. 2004.

Del principio general del Derecho comunitario establecido en la sentencia, según el cual “*la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón*”, se deduce que los tradicionales privilegios de la Administración, derivados de la autotutela, han de relativizarse.

En el Auto del Tribunal Supremo de 1990, además, se concluye que se trata de un principio que se encontraba “*latente, escondido en el derecho español y que una jurisprudencia sensible a las líneas de la evolución jurídica que marcan los nuevos tiempos –que rechazan aquella concepción sacra del poder que llevaba a ver al individuo como un súbdito y no un ciudadano– permite hacer patente*”.

Consecuencia de lo expuesto, la doctrina procesalista¹³ en España coincide, siguiendo al profesor Calamandrei¹⁴, en exigir un juicio de probabilidad y de verosimilitud de la existencia de un derecho. En la misma línea, como destaca el profesor Ortells Ramos¹⁵, la doctrina mayoritaria defiende que el juicio cautelar ha de estar referido a la probabilidad de la existencia del derecho.

En sintonía con lo expuesto, se debe recordar que, como es sabido, en el derecho público las prerrogativas exorbitantes de la Administración y la consiguiente necesidad de la justicia cautelar de constituir un contrapeso o límite a dichas prerrogativas, especialmente de la ejecutividad de la actuación administrativa, ha determinado, entre otras consecuencias, que el *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho se desdibuje como requisito de carácter negativo (limitándose a casos extraordinarios) y se convierta en un criterio positivo, junto con otros, para determinar la procedencia de la medida cautelar.

La doctrina del *fumus bonis iuris* supone una gran innovación respecto a los criterios que tradicionalmente venían siendo considerados a la hora de acordar o denegar la suspensión. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día se declare en la sentencia definitiva, entre otros factores, las posiciones de las partes y los fundamentos jurídicos de su pretensión a los meros fines de la tutela cautelar.

El Tribunal Supremo ha admitido este criterio en algunas resoluciones, a veces con gran amplitud como, por ejemplo, en los Autos: 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).

Indicadas las resoluciones que apuestan por el *fumus bonis iuris* como palanca importante para informar sobre la concesión de la medida cautelar, sobre todo, cuando el acto administrativo apunta, indiciariamente, a su nulidad, se debe, de manera concluyente indicar, que en la actualidad la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite, como se ha dicho, el criterio de apariencia de buen derecho, entre otros, en supuestos de nulidad de pleno derecho.

Destáquese, no obstante, que no es la pieza de suspensión el lugar indicado para enjuiciar de manera definitiva la legalidad de la actuación administrativa impugnada. Ahora bien,

¹³ DE LA SIERRA, S. “Tutela Cautelar Contencioso-Administrativa y Derecho Europeo”, Thomson Aranzadi. Navarra, 2014.

¹⁴ Introduzione allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari. DECAM, Pádova, 1936.

¹⁵ Las medidas cautelares, La Ley, Madrid, 2000.

la doctrina de que se trata permite valorar la existencia del derecho con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva a los meros fines de la tutela cautelar.

3.3. El *periculum in mora*

Asimismo, es evidente que la ejecución del acto administrativo que nos ocupa causaría a mi patrocinada, daños y perjuicios económicos de difícil reparación.

Como se ha indicado y acreditado, la Administración demandada ha dejado de abonar a mi representada, mediante sus abusivas y arbitrarias órdenes de descertificar e imponer penalizaciones con carácter retroactivo (amén de ejecutar unidades nuevas sin precio contradictorios) el importe de 241.914'26 € (por las certificaciones de enero a abril de 2020) y de 13.070, 97 €, respecto del modificado, así como y por eludir su obligación de certificar (pese a la ejecución de los trabajos) los meses de mayo y junio de 2020, la cantidad de 127.426 € de trabajos correspondientes al Proyecto inicial y 2.770 € del Proyecto modificado; es decir, que el Ayuntamiento retiene –contra *legem*– el importe de 385.181, 23 €.

Que no obstante lo expuesto, si a la indicada cantidad le sumamos el importe que la Entidad Local pretende “*embargarle*” a mi mandante, mediante la ejecución de lo dispuesto en el Acuerdo que se impugna mediante este escrito y que arroja la cifra de 1.835.334, 27 €, la cantidad que, de manera irregular y abusiva, la Administración “*incautaría*” a la contrata ascendería a 2.220.515, 5 €, lo significa el 26 % del precio contratado; porcentaje y cantidad que, de manera injustificada, pone en “*jaque mate*” a mi mandante en lo que a la economía de este contrato se refiere.

Destáquese por otro lado, que otra de las circunstancias que afectan negativamente al sector de la construcción es el imprevisible incremento que están sufriendo ciertas materias primas¹⁶ y que ponen en complicada situación a las empresas de construcción hasta que el Gobierno de la Nación aprobara el Real Decreto Ley que va a regular tales incrementos; normativa que se dictó habiendo acabado el proceso cautelar.

Para acreditar la difícil situación económica en que se colocaría la contrata de no suspenderse la ejecutividad del acto administrativo que se impugna, se aportó al proceso un informe pericial contable que demostró el irreversible perjuicio financiero que causaría a mi mandante la ejecución de la resolución recurrida.

Así y en consecuencia, se justificó que concurre un acreditado “*periculum in mora*”, ya que la ejecución del acto administrativo haría perder su finalidad legítima al presente recurso contencioso-administrativo, en el sentido señalado por el art. 130.1 de la LRJCA. Así pues, la adopción de la medida cautelar de suspensión representa e instrumento idóneo para asegurar la efectividad de la sentencia (art. 129.1 LRJCA).

3.4. Caucción o garantía

¹⁶ El precio de la madera ha aumentado un 125%, el de la piedra un 68%, o del cobre un 63%, el del acero un 75%, etc...

Finalmente, mi representada, en cumplimiento de lo prevenido en el art. 133.1 LRJCA, ofreció la prestación de caución o garantía suficiente a fin de evitar o paliar los perjuicios, de cualquier naturaleza, que pudieren derivarse de la adopción de la medida cautelar solicitada.

4. La postura de la Administración en el proceso cautelar

a) La representación procesal de la demandada se opuso a la medida cautelar invocando el art. 130 LJCA que previene que *“la cautelar se acordará, únicamente, cuando la ejecución del acto pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso y siempre que su adopción no genere ‘perturbación grave de los intereses generales o de tercero’”*.

Y continuó indicando, que la suspensión constituye una excepción a la regla general de la ejecución de los actos y disposiciones generales, siendo, por ello, una medida extraordinaria o de carácter excepcional que debe aplicarse restrictivamente. Su adopción, por tanto, es una facultad de los Tribunales y Juzgados Contencioso-Administrativos que lo ejercitan según la apreciación del supuesto de hecho de que se trate, correspondiendo a quien pide la suspensión la carga de probar la pertinencia de la medida, tal y como ponen de manifiesto los Autos del Tribunal Supremo, de 23 mayo 1978, 18 diciembre 1979, 16 diciembre 1980, 17 enero 1984, etc...

b) La Administración demandada alega que la cautelar solicitada no cumple los requisitos ni legales ni jurisprudenciales.

En primer lugar, la recurrente esgrime en defensa de la cautelar solicitada, cuestiones cuyo examen corresponde al proceso principal, debiendo recordarse, insiste, que como ha declarado el Tribunal Supremo, en una pieza cautelar no cabe el examen, con carácter general, de argumentos respecto de la nulidad de la resolución impugnada que han de ser, por primera vez, objeto de valoración en el proceso principal, a fin de evitar que se prejuzgue la cuestión de fondo, con infracción de lo prevenido en el art. 24 de la Constitución, que recoge el derecho del proceso con todas las garantías de contradicción y prueba, no siendo el incidente de suspensión el cauce procesal idóneo para decidir la cuestión objeto del litigio.

En esta misma línea, indica la defensa letrada del Ayuntamiento, 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 al proceso principal (STC 148/1993, de 29 de abril).

En otro orden de consideraciones, afirma la defensa del Ayuntamiento, que la actora no acredita que perjuicios de difícil o imposible reparación le puede ocasionar la ejecución de la resolución impugnada.

5. El auto n.º 22/2022, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo

Indica el Juzgado que conforme declara la Exposición de Motivos de la LJCA, la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, razón por la que la adopción de medidas cautelares que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como una facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario, sometiéndose, claro está, a las condiciones que

para ello fijan los artículos 129 a 135 LJCA y más particularmente el art. 130 del mismo cuerpo legal.

Expuesto lo anterior, continúa el Juzgado indicando, en su razonamiento jurídico segundo, que en lo que respecta al alegato de la apariencia de buen derecho, es cierto que, como ha declarado el Tribunal Supremo en repetidas ocasiones¹⁷, la doctrina sobre el *fumus boni iuris* requiere una prudente aplicación para no prejuzgar, al resolver el incidente de medidas cautelares, la decisión del pleito, pues, de lo contrario, 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 impugnado.

En la misma línea se expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2004 (casación 5793/01), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997, entre otros), pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada y restrictiva de la doctrina de la apariencia del buen derecho.

Sobre la aplicación de tal doctrina ha de decirse, acudiendo a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 junio 2000 (y la que en ellas se citan), que el análisis de una cuestión de fondo en una pieza de suspensión solo es posible cuando se invoca un supuesto de nulidad radical o que la apariencia del buen derecho en el recurrente sea palmaria y evidente, habiéndose precisado por este Tribunal, en orden a la primera, que “*sólo en los casos en que tal nulidad apareciese como algo ostensible y evidente podría resultar justificada una suspensión basada en la misma (la nulidad) y una vez acreditada la producción de daños y perjuicios*” (Sentencias de 4 de noviembre de 1997 y 5 de marzo de entre otras).

La misma sentencia, en cuanto a la aplicación de la doctrina del “*fumus boni iuris*”, expresa que para su aplicación “*...es necesario que concurran una apariencia razonable de buen derecho en la posición del recurrente y la falta de una argumentación sólida de la Administración que destruya aquella apariencia. El primero de los requisitos citados consiste en que en las actuaciones aparezcan datos relevantes que anuncien el buen éxito de la pretensión sin necesidad de efectuar un análisis detenido de la legalidad del acto impugnado, ya que este estudio debe hacerse en el proceso principal*” (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1998, entre otras).

Apoiando el razonamiento anterior, continúa indicando el Juzgado, la nueva doctrina del *fumus bonis iuris* supone una gran innovación respecto a los criterios que tradicionalmente venían siendo considerados a la hora de acordar o denegar la suspensión; doctrina que permite valorar con carácter provisional y sin prejuzgar lo que en su día se declare en la sentencia definitiva, entre otros factores, las posiciones de las partes y los fundamentos jurídicos de su pretensión a los meros fines de la tutela cautelar, como señalan los siguientes Autos del Tribunal Supremo: 20 diciembre de 1990, 17 enero 1991, 23 abril 1991, 16 julio 1991, 19 diciembre 1991, 11 marzo 1992, 14 mayo 1992, 22 marzo 1996 y 7 junio 1996).

¹⁷ Sentencias de esta Sala de 14 de abril de 2003 (casación 5020/99), 17 de marzo de 2008 (casación 1021/06) y 30 de marzo de 2009 (casación 790/08), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 de febrero de 1998, 21 de diciembre de 1999, 22 de enero, 26 de febrero, 22 de julio y 23 de diciembre de 2000, 2 de junio y 24 de noviembre de 2001, 15 de junio y 13 de julio de 2002 y 22 de febrero de 2003.

Por lo expuesto, concluye el Juzgado, que tomando en consideración las citadas resoluciones del Tribunal Supremo, resulta evidente que las mismas apuestan por el *fumus bonis iuris* como palanca importante para informar sobre la concesión de la medida cautelar, sobre todo, cuando el acto administrativo apunta, indiciariamente, a su nulidad, de ahí que se pueda concluir que la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite el criterio de apariencia de buen derecho, entre otros, en supuestos de nulidad de pleno derecho.

6. La impugnación del auto y la sentencia de apelación dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León

a) Frente al Auto acordando la suspensión de la Resolución impugnada, se alzó la representación procesal de la Administración demandada, invocando idénticos argumentos a los esgrimidos en instancia, esto es:

- Que la medida cautelar solicitada y acordada por el Juzgado *a quo*, entra a analizar cuestiones cuyo examen corresponde al proceso principal, debiendo recordarse, insiste, que, como ha declarado el Tribunal Supremo, en una pieza de cautelar no cabe el examen, con carácter general, de argumentos respecto de la nulidad de la resolución impugnada que han de ser, por primera vez, objeto de valoración o decisión en el proceso principal, a fin de evitar que se prejuzgue la cuestión de fondo, con infracción de lo prevenido en el art. 24 de la Constitución, que recoge el derecho del proceso con todas las garantías de contradicción y prueba, no siendo el incidente de suspensión el cauce procesal idóneo para decidir la cuestión objeto del litigio; argumento extensible al supuesto en que se invoca la nulidad de pleno derecho del acto o disposición que, además, ha de ser ostensible, manifiesto y evidente (ATS 13 noviembre 2007 y 11 octubre de 2005).
- Indicando, por otro lado, que no cabe 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, de 29 de abril).

Frente a estas alegaciones los argumentos de la contrata fueron los mismos que se invocaron en la petición de la cautelar, que damos por reproducidos para evitar repeticiones innecesarias.

b) Una vez las partes esgrimieron los argumentos que entendieron pertinentes para defender sus posiciones jurídicas, la Sección 1.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) dictó la Sentencia de Apelación n.º 266/2022, ratificando la cautelar acordada por el Juzgado de instancia, apoyando su *obiter dicta* en las consideraciones que reflejó el Juzgado *a quo* en su Auto n.º 22/2022, que, *grosso modo* fueron:

- Que como ha declarado el Tribunal Supremo en repetidas ocasiones, la doctrina sobre el *fumus boni iuris* requiere una prudente aplicación para no prejuzgar, al resolver el incidente de medidas cautelares, la decisión del pleito, pues, de lo contrario, se quebrantaría el derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba (*ex* artículo 24 de la Constitución), salvo en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo impugnado.

- Sobre la aplicación de tal doctrina jurisprudencial¹⁸ ha de decirse, que el análisis de una cuestión de fondo en una pieza de suspensión solo es posible cuando se invoca un supuesto de nulidad radical o que la apariencia del buen derecho en el recurrente sea palmaria y evidente, habiéndose precisado por este Tribunal, en orden a la primera, que “*sólo en los casos en que tal nulidad apareciese como algo ostensible y evidente podría resultar justificada una suspensión basada en la misma (la nulidad) y una vez acreditada la producción de daños y perjuicios*” (Sentencias de 4 de noviembre de 1997 y 5 de marzo de entre otras).
- Que en la citada jurisprudencia, en cuanto a la aplicación de la doctrina del “*fumus boni iuris*” expresa que para su aplicación “*...es necesario que concurran una apariencia razonable de buen derecho en la posición del recurrente y la falta de una argumentación sólida de la Administración que destruya aquella apariencia. El primero de los requisitos citados consiste en que en las actuaciones aparezcan datos relevantes que anuncien el buen éxito de la pretensión sin necesidad de efectuar un análisis detenido de la legalidad del acto impugnado, ya que este estudio debe hacerse en el proceso principal*” (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1998, entre otras).

7. Conclusiones

Lo que se pone de manifiesto en este artículo es la corriente doctrinal y jurisprudencial que avala la adopción de medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo sustentadas, principalmente, en el cumplimiento del requisito del *fumus boni iuris* cuando el acto administrativo cuya ejecución se pretende suspender está “*tildado*” de nulidad de pleno Derecho.

Dado que ya se han expuesto a lo largo de este artículo las razones que aconsejan la adopción de la cautelar en circunstancias como la analizada, se debe recordar, a título de conclusión, que éstas fueron las siguientes:

- 1.– Que en el derecho público, las prerrogativas exorbitantes de la Administración y la consiguiente necesidad de la justicia cautelar de constituir un contrapeso a dichas prerrogativas, especialmente respecto de la ejecutividad de la actuación administrativa, ha determinado, entre otras consecuencias, que el *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho, se desdibuje como requisito de carácter negativo y se convierta en un criterio positivo, junto con otros, para determinar la procedencia de la medida cautelar.
- 2.– Que la nueva concepción de la doctrina del *fumus bonis iuris*, apuesta por la apariencia de buen derecho como palanca importante para informar sobre la concesión de la medida cautelar, sobre todo, cuando el acto administrativo apunta, indiciariamente, a su nulidad de pleno Derecho.
- 3.– Que la doctrina a la que se refiere este artículo, indica que el análisis de una cuestión de fondo en una pieza de suspensión solo es posible cuando se invoca un supuesto de nulidad radical o que la apariencia de buen Derecho en el recurrente sea palmaria y evidente, faltando, por otro lado, una argumentación sólida de la Administración que destruya la apariencia invocada por el que solicita la medida cautelar.

¹⁸ La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 junio 2000 y la que en ellas se citan.

8. Bibliografía

CALAMANDREI, P. *Introduzione allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. DECAM, Pádova, 1936.

DE LA SIERRA, S. *Tutela Cautelar Contencioso-Administrativa y Derecho Europeo*, Thomson Aranzadi. Navarra, 2014.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*. Ed. Civitas. Madrid 3.^a ed. 2004.

ORTELLS RAMOS, M. *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000.