

ALGUNAS NOTAS COMPARATIVAS ENTRE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL Y MEXICANO

Jorge Ulises CARMONA TINOCO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Concepto y características de las medidas cautelares*. III. *Clasificación*. IV. *Las medidas cautelares en el derecho administrativo español*. V. *Las medidas cautelares en el derecho administrativo mexicano*. VI. *Las medidas cautelares en la vía administrativa*. VII. *Consideraciones conclusivas*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principios que han regido tradicionalmente en materia administrativa es el de la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo, esto es, que el mismo no es susceptible de ser suspendido y, por tanto, una vez dictado el acto administrativo éste puede “ejecutarse” por parte de la autoridad, sin que la interposición de algún medio de impugnación en el ámbito administrativo o incluso el inicio de la vía contencioso-administrativa puedan detener, o al menos suspender de manera temporal, hasta conocer el resultado de la impugnación interpuesta, la actividad de la administración.

De esta manera, quien se viera afectado por un acto administrativo que considerara ilegal o injusto debía soportar los efectos de éste hasta en tanto no fuera decidido en su favor el recurso correspondiente o hasta obtener sentencia definitiva favorable en la vía contencioso-administrativa. Lo cierto es que hay cierto tipo de actos que una vez que son llevados a cabo resultan de imposible o difícil reparación, aun cuando lo ordene así una resolución o sentencia favorable al interesado, el ejemplo típico es el de la demolición de un edificio con valor histórico, o el posible daño que

se puede producir a un negocio si el mismo es cerrado por la autoridad y al final esto resulta ilegal.

Afortunadamente, este principio de la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo, como otros de este campo, ha evolucionado paulatinamente, ajustándose a nuevos criterios, situaciones y necesidades, de manera que tiene excepciones, a las cuales nos referiremos más adelante en este trabajo.

Por otra parte, también se debe considerar que la duración de la tramitación de los recursos y del contencioso administrativo resultan un inconveniente para quien tiene que soportar los efectos del acto administrativo, mientras se decide la regularidad jurídica de éste. Dicha situación no se presentaría en el caso ideal, pero casi imposible de realizar sería que tan pronto se presentara el recurso el mismo fuera decidido de inmediato.

En ambas situaciones, la incorporación de la figura de las “medidas cautelares” en el campo del derecho administrativo ha sido de mucha utilidad para evitar daños irreparables o de difícil reparación en contra de los ciudadanos; para evitar tener procesos sin contenido o sentencias de ejecución imposible, y para salvaguardar durante el *iter* procesal y hasta la resolución de fondo los derechos e intereses de quienes cuentan a su favor con la presunción de que les asiste la razón y el derecho.

En todas las áreas del derecho subyacen intereses encontrados y existe una búsqueda de orden, la cual se satisface *prima facie* a través del uso de lo que denominamos presunciones de inicio o de arranque del ordenamiento. Dichas presunciones implican al menos dos cosas, que el derecho contiene una precalificación de hechos, actos y situaciones, y que éstas determinan en casos concretos quién tiene la carga inicial de accionar y una mayor carga de probar, así como a quién corresponde simplemente resistir, hasta en tanto los operadores jurídicos califiquen de manera definitiva los ya señalados hechos, actos y situaciones.

En ocasiones, dichas presunciones de inicio van modificándose de manera paulatina, hasta incluso llegar a dar giros de 180 grados. Un ejemplo muy claro de lo anterior es lo que ha sucedido con el enorme desarrollo normativo del área de los derechos humanos, específicamente en temas como la tortura, en la que existía en un primer momento una presunción en favor de la actuación regular de la autoridad, de manera que quien afirmara que había sido torturado tenía la carga de la prueba de comprobar sus afirmaciones para que se procediera en consecuencia; ante la dificultad que esto representaba, la jurisprudencia internacional inclinó la pre-

sunción a favor de la persona, de manera que si alguien afirmaba que había sido torturado esto generaba en la autoridad la carga de la prueba de demostrar que esto no había sido así y que su actuación había sido respetuosa de los derechos humanos.

Por lo regular, la presunción de inicio se fundamenta en una ponderación, ya del juez, ya del legislador, acerca de aquello que, ante dos posibles escenarios, llevaría a una consecuencia menos dañosa para el ordenamiento y, por otro lado, de lo que es en un momento dado “sacrificable”.

En el ámbito administrativo este fenómeno de transformación gradual de presunciones también se observa y uno de los ejemplos es precisamente el de las medidas cautelares.

II. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las *medidas cautelares*, conocidas también como medidas *provisoriales* o *precautorias*, es un concepto que surge inicialmente en el ámbito del derecho procesal privado, y se refiere precisamente a las medidas que está facultado para decretar un órgano jurisdiccional, a solicitud de las partes o inclusive de oficio, con el fin de conservar la materia objeto del proceso y garantizar la eficacia de la eventual decisión de fondo. Desde el ángulo de las partes, este tipo de medidas sirven, para evitar actos que, de llevarse a cabo o consumarse, puedan causar posibles daños graves, irreparables o de difícil reparación, hasta en tanto es dictada la sentencia definitiva.¹

Para Calamandrei, la providencia cautelar es la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma. Son un medio predispuerto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, *instrumento del instrumento*.²

Los aspectos anteriores han servido de base a la doctrina para elaborar las nociones de *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho) y *pericu-*

¹ Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José, “Medidas cautelares”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM-Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, t. I-O, p. 2484.

² *Idem*.

lum in mora (peligro en la demora), como los elementos esenciales que deben ser acreditados por aquel que solicite la adopción de una medida cautelar.

El *fumus boni iuris*, desde el punto de vista del juez, es la apreciación provisional que éste hace de la adecuación a derecho de las pretensiones de las partes, esto es, cuál es y a quién asiste la presunción de inicio o arranque de acuerdo con el ordenamiento. Piero Calamandrei señaló que “la cognición cautelar se limita en todo caso a un juicio de probabilidad o de verosimilitud”.³ En opinión de Susana de la Sierra, el *fumus* se vincula a la existencia de una situación jurídica que requiere protección en tanto no se dicte sentencia definitiva en el pleito.⁴

Segundo Menéndez Pérez afirma que “el examen provisional, con base en una aportación aún no completa de los datos y razonamientos que contradictoriamente afluirán al proceso, que conlleva la toma en consideración de aquel criterio, constituye ciertamente un riesgo, pero para un Estado de derecho siempre será, o deberá ser, más temible el riesgo de la irreversible conculcación del derecho”.⁵ La apariencia del buen derecho no es una noción incontrovertible, se enfrenta por lo regular a la exigencia de no prejuzgar el fondo de la cuestión. Lo que se pretende es marcar un límite a la decisión cautelar, a efectos de que no llegue al grado de hacer superflua o simplemente reiterativa la decisión de fondo, misma que se dicta tomando en cuenta todos y no sólo algunos elementos aportados en el proceso.

Con relación al *periculum in mora*, es recurrente la cita a Chiovenda, quien señaló que “el tiempo necesario para tener razón no ha de perjudicar a quien la tiene”; así, el perjuicio que la mora procesal puede ocasionar a los intereses implicados en el proceso hace necesaria la existencia de las medidas cautelares.⁶ Esto significa que un elemento de las medidas consiste en demostrar la urgencia de la adopción de las mismas, el peligro que existe en la afectación a una determinada situación o derecho de no ser adoptadas.

³ Sierra, Susana de la, *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2004, p. 281.

⁴ *Ibidem*, p. 260.

⁵ Consejo General del Poder Judicial, *Constitución y control de la actividad administrativa*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 206.

⁶ Sierra, Susana de la, *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo*, *cit.*, nota 3, p. 223.

Respecto a la oportunidad para plantear las medidas, éstas pueden adoptarse de manera previa al inicio del proceso o durante la tramitación del mismo en tanto se dicta la sentencia que le ponga fin, o cuando termina definitivamente el juicio por alguna otra causa,⁷ de manera que siguen la suerte de lo principal, que es el proceso.

Los elementos comunes en las medidas cautelares, según Fix-Zamudio, son:

- 1) Su *provisionalidad* o *provisoriedad*, en cuanto que tales medidas, decretadas antes o durante un proceso principal, sólo duran hasta la conclusión de éste.
- 2) Su *instrumentalidad* o *accesoriedad*, en cuanto que no constituyen un fin en sí mismas, sino que nacen al servicio de un proceso principal.
- 3) Su *sumariedad* o *celeridad*, en cuanto que, por su misma finalidad, deben tramitarse y dictarse en plazos muy breves.
- 4) Su *flexibilidad*, en razón de que pueden modificarse cuando varíen las circunstancias sobre las que se apoyan.⁸

Dentro de la clasificación de la naturaleza de actividad jurisdiccional, las medidas cautelares constituyen el tercer tipo concebible, un *tertium genus*, junto con la declarativa y la ejecutiva. Para esta concepción, la tutela cautelar, si bien no debe ampliarse hasta abarcar cualquier tipo de tutela preventiva, provisional o interina, no incluye sólo las medidas de aseguramiento de una eventual ejecución forzosa, sino todas aquéllas que garanticen la eficacia de la futura sentencia.

De esta forma, de un lado deben reputarse cautelares no sólo las medidas que garanticen la efectividad de los futuros pronunciamientos de condena, sino también las que aseguren futuros pronunciamientos merodeclarativos o constitutivos; y, por otro lado, la tutela cautelar no tiene por qué limitarse a medidas de aseguramiento o conservación, sino que son concebibles en ciertos casos como tutela cautelar medidas de anticipación o satisfacción provisional de la pretensión.⁹

⁷ Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José, “Medidas cautelares”, *op. cit.*, nota 1, p. 2484.

⁸ *Idem.*

⁹ Oliva Santos, Andrés de la *et al.*, *Derecho procesal civil, ejecución forzosa, procesos especiales*, t. II: *Las medidas cautelares*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

III. CLASIFICACIÓN

Las medidas cautelares suelen clasificarse en:

- *Personales* o *reales*, según recaigan sobre personas o bienes.
- *Conservativas* o *innovativas*, según tiendan a mantener o a modificar el estado de cosas anterior al proceso principal.
- *Nominadas* o *innominadas*, según signifiquen una medida específica que el juzgador puede decretar, o un poder genérico del juzgador para decretar las medidas pertinentes con el fin de asegurar las condiciones necesarias para la ejecución de la futura y probable sentencia del proceso principal.¹⁰

Piero Calamandrei clasifica a las providencias cautelares en cuatro grupos:

Providencias instructorias anticipadas. Son las providencias que, en vista de un posible *futuro proceso de cognición*, se tratan de fijar y que conservan ciertas resultancias probatorias, positivas o negativas, que podrán ser utilizadas después en aquel proceso en el momento oportuno. Normalmente se adoptan en el curso de un proceso ordinario y forman parte del mismo; pero, cuando antes de que el proceso se inicie existe un motivo para temer que, si la providencia instructora tardase, sus resultados pueden ser menos eficaces, ésta puede ser provocada inmediatamente a través de un procedimiento autónomo, que trata de prevenir el *periculum in mora* inherente al procedimiento ordinario eventual. Se suele hablar de la conservación o aseguración de la prueba.

Providencias dirigidas a asegurar la ejecución forzada. Son las providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que puedan ser objeto de la misma.

Anticipación de providencias decisorias. Son las providencias mediante las cuales se decide interinamente una relación controvertida, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, indecisión de la cual, si ésta perdurarse hasta la emanación de la providencia definitiva, podrían derivar daños irreparables a una de las

¹⁰ Ramos Méndez, Francisco, “Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil”, *Justicia*, Barcelona, núm. 1, 1985, pp. 75-90, citado por Ovalle Favela, José, *De-recho procesal civil*, 7a. ed., México, Harla, 1997, p. 31.

partes. Ejemplo: las denuncias de obra nueva y daño temido. En este caso, la providencia cautelar consiste en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del proceso ordinario.

Las cauciones procesales. Consisten en la imposición por parte del juez de una caución, la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial. En varios casos, como explica Calamandrei, el poder que tiene el juez de emanar una providencia con naturaleza de declaración de certeza con predominante función ejecutiva, o bien naturaleza cautelar o en general, con carácter de urgencia, va acompañado del poder de condicionar su ejecutabilidad a la prestación de una garantía o bien del depósito, establecido a cargo de aquel a quien la providencia provisoria favorece con una cierta suma de dinero o de títulos.

Éstas funcionan como aseguramiento preventivo del derecho al resarcimiento de los daños, que podrán surgir si en el juicio definitivo la medida provisoria es revocada, a favor de aquel contra quien ha sido ejecutada. La caución es una *contracautela*, que sirve para asegurar los daños que podrían causarse a la contraparte por la excesiva celeridad de la providencia cautelar, y de este modo restablece el equilibrio entre las dos exigencias discordantes.

En el ámbito administrativo, podría hablarse de una clasificación específica atendiendo a si las medidas son adoptadas con motivo del procedimiento administrativo o, por otro lado, se trata de aquellas que pueden dictarse en el contencioso administrativo. En el primer caso, habría que distinguir las medidas que puede adoptar la autoridad administrativa, de manera previa o iniciado el procedimiento administrativo (artículo 72 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC), que podemos denominar medidas *pro auctoritate*, en virtud de que las determina la autoridad administrativa para asegurar la eficacia de su actuación; éstas medidas contrastan con la llamada *suspensión del acto administrativo* que es también una medida cautelar pero “pro administrado”, prevista en términos generales en el artículo 111 de la misma LRJAP-PAC, y que se solicita en vía de recurso administrativo ante la autoridad que valla a conocer del

mismo, con el fin de suspender el acto administrativo en tanto es resuelto en definitiva el recurso correspondiente.

Por otro lado, se encuentran las medidas cautelares que puede solicitar el demandante con motivo del recurso contencioso administrativo, esto es, ante el órgano de jurisdicción administrativa, que será el objeto central de este trabajo.

IV. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

1. *Breves notas sobre su evolución*

a) Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 (LJCA). La jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), que Bacigalupo ha llamado tradicional en relación con el artículo 122 de la LJCA, se ha caracterizado básicamente por las siguientes notas distintivas:¹¹

Carácter excepcional de la suspensión cautelar. La Tercera Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, partió del principio general de ejecutividad inmediata de los actos y disposiciones de la administración, por lo que le atribuyó el carácter de *excepcional* a la suspensión, que como tal debía administrarse con suma cautela, pues se debe ponderar en cada caso la medida en que el interés público requiera la ejecución, para otorgar la suspensión en mayor o menor amplitud según el grado en que el interés público esté en juego.¹²

Daños y perjuicios reparables en dinero. La citada Sala consideró hasta finales de los años setenta la improcedencia de la suspensión cuando los daños y perjuicios que podían derivar de la ejecución del acto o disposición de la administración fueran susceptibles de ser reparados económicamente, dando por supuesta la solvencia de aquélla.¹³

A partir de 1980 la Tercera Sala mencionada hizo una revisión de su doctrina jurisprudencial, y corrigió el camino al considerar que la mera posibilidad de que puedan ser evaluados y reparados económicamente

¹¹ Bacigalupo, Mariano, *La nueva tutela cautelar*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 15 y ss.

¹² Auto del TS del 3 de enero de 1991, citado por Bacigalupo, Mariano, *op. cit.*, nota anterior, p. 17.

¹³ Autos del 5 de diciembre de 1970, 19 de enero de 1971, entre otros, citados por Bacigalupo, Mariano, *op. cit.*, nota 11, p. 18.

los daños y perjuicios no puede llevar a la negativa de la suspensión, porque la tutela jurisdiccional debe operar sobre los derechos e intereses en conflicto, posibilitando al final el disfrute de éstos y no una indemnización equivalente en sustitución de éstos.¹⁴

La apariencia de que el acto combatido es nulo de pleno derecho. La posibilidad de conceder la suspensión cuando el administrado se apoyaba en una causa de nulidad de pleno derecho¹⁵ no fue interpretada de forma expansiva, sino que se exigía que esa causa apareciera como ostensible, patente y manifiesta, como se ve en el siguiente auto:

...en una pieza separada de suspensión, en la que se trata de adoptar una medida cautelar, no cabe hacer razonamientos sobre los temas de fondo, y el de la nulidad de pleno derecho lo es; por ello sólo en los casos en que tal nulidad apareciere como algo ostensible y evidente podría resultar justificada una suspensión basada en aquella.¹⁶

Este criterio fue criticado por la doctrina, estimando que resulta muchas veces imposible o extremadamente difícil que la nulidad apareciere de forma clara y evidente.

Actos denegatorios. La Tercera Sala del TS sostuvo la doctrina de que era improcedente conceder la suspensión contra actos denegatorios —expresos o presuntos—, porque era ajeno a la naturaleza de la suspensión como medida cautelar dirigida exclusivamente al mantenimiento del estado de las cosas; ya que de concederse, más que paralizar los efectos de los actos impugnados, traería consigo la creación de una situación nueva.¹⁷

La suspensión como única medida cautelar. En relación con el punto anterior, se sostuvo la imposibilidad de acordar medidas cautelares positivas, consistentes en imponer a la administración una conducta determinada —positiva u omisiva—, mientras se sustancia el proceso principal, concretamente cuando el administrado tiene como pretensión de condena o prestacional en el juicio contencioso-administrativo.¹⁸

¹⁴ Autos del 17 de junio de 1980 y 14 de octubre de 1991, citados por Bacigalupo, Mariano, *op. cit.*, nota 11, p. 19.

¹⁵ Requisito no previsto expresamente en el artículo 122 de la LJCA de 1956, sí lo hacía en cambio el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

¹⁶ Auto del 4 de junio de 1991, citado por Bacigalupo, Mariano, *op. cit.*, nota 11, p. 21.

¹⁷ Auto del 17 de noviembre de 1988, citado por Bacigalupo, Mariano, *op. cit.*, nota 11, p. 23.

¹⁸ Auto del 23 de junio de 1990 de la Sala 3a. del TS, citado por Bacigalupo, Mariano, *op. cit.*, nota 11, p. 26.

b) Ley 62/1978 del 28 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. Introduce dos cambios importantes. El primero derivado de su artículo 7.4,¹⁹ que establecía el carácter suspensivo de los recursos, a menos que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general. El segundo previsto en el numeral 7.5, que establecía que la interposición del recurso contencioso-administrativo suspendiera automáticamente, y en todo caso —en lo cual el interés público no constituía una excepción— un tipo concreto de actos administrativos, las sanciones pecuniarias de orden público, sin necesidad de afianzamiento alguno.

c) Evolución jurisprudencial del artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. La Sala de la Audiencia Nacional, en auto del 17 de enero de 1990, sostuvo un criterio importante para solidificar el tema de las medidas cautelares. Un administrado (Bankinter) interpuso ante ella recurso contencioso-administrativo y solicitó la suspensión, contra el requerimiento de la Oficina Nacional de Inspección, para que informara sobre operaciones de transmisión, cesión o transferencia de créditos, así como las operaciones de cesión temporal de préstamos y créditos; encontrándose en trámite la pieza de suspensión, la actora presentó un escrito en el que ponía a conocimiento de la Audiencia que la administración pretendía ejecutar su acto cuatro días después a esta comparecencia, un día después a la presentación del escrito mencionado la Sala suspendió la ejecución del acto. De dicho auto se desprenden dos criterios: que el pronunciamiento de la suspensión exige celeridad y que la admisión de la solicitud de la suspensión y su tramitación en pieza separada suspenden automáticamente, esto quiere decir que mientras se esté tramitando un incidente cautelar la administración no puede ejecutar el acto recurrido, cuya suspensión precisamente se está decidiendo.²⁰

2. *El fundamento constitucional de las medidas cautelares*

La doctrina y la jurisprudencia han señalado que las medidas cautelares tienen su fundamento en la tutela judicial efectiva expresada en el artículo

¹⁹ Dicho artículo dispone: “La sala acordará la suspensión del cumplimiento del acto impugnado salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general”.

²⁰ Cfr. Chinchilla Marín, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 140 y ss.

24.1 de la Constitución Española vigente (CE). La tutela judicial efectiva no puede entenderse sin medidas apropiadas que aseguren el cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso. Así, un fallo que no puede llegar a cumplirse por motivo de falta de conservación de la situación sobre la que recae o por la consolidación irreversible de situaciones contrarias a derecho incumple el artículo 24.1 de la CE.

Es precisamente este derecho fundamental el límite a la autotutela de la administración, que motiva la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo, lo cual está sustentado en la exigencia de *eficacia* prevista en el artículo 103 de la CE. De esta forma, “el derecho a la tutela se extiende a la pretendida suspensión de la ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación jurisdiccional de su denegación, si se ejerció en el proceso debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica”.²¹

Esto ha sido sostenido por el Tribunal Supremo en diversas resoluciones, como por ejemplo el auto del 20 de diciembre de 1990 y en otros tantos posteriores (17 y 23 de abril, 16 de julio y 19 de diciembre de 1991, 12 de febrero y 11 de marzo de 1992, 24 de enero de 1994, 24 de abril de 1995, etcétera). Por lo que respecta al Tribunal Constitucional, es común en la doctrina la cita de las sentencias 14/1992 del 10 de febrero, 238/1992 del 17 de diciembre, 148/93 del 29 de abril, y 78/1996 del 20 de mayo.²²

La STC. 14/1992 declara en forma expresa que “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”.²³

Un segundo punto consistió en sostener que la medida cautelar debe concederse a quien exhiba en sus pretensiones de fondo la apariencia de buen derecho, apoyada en el principio de *fumus boni iuris*, que se ha de analizar a partir de un examen provisional y sumario de la hipótesis de que la sentencia pueda ser favorable a quien solicita esa medida; esto es, que se hace un juicio de probabilidad y de verosimilitud sobre el derecho del demandante, y en consecuencia, sobre las posibilidades de éxito de la misma.²⁴

²¹ Consejo General del Poder Judicial, *Constitución y control de la actividad administrativa*, cit., nota 5, p. 198.

²² *Ibidem*, p. 196.

²³ Citada por Bacigalupo, Mariano, *op. cit.*, nota 11, p. 51.

²⁴ Cfr. Chinchilla Marín, Carmen, *op. cit.*, nota 20, p. 45.

Sin embargo, la doctrina del *fumus boni iuris*, después de tener una aceptación generosa por parte del TS, ha sufrido una interpretación restrictiva,²⁵ pues algún sector considera que debe concederse la medida cautelar con apoyo en ese principio, sólo cuando se trate de reiteración de procesos ya fallados o de la impugnación de actos de aplicación de disposiciones generales antes anuladas.

Así, la Tercera Sala del TS, en auto del 18 de octubre de 1996,²⁶ sostuvo que la doctrina del *fumus boni iuris* necesita una prudente aplicación, la cual no resulta aplicable cuando el acto impugnado se apoya en que por primera vez deben ser objeto de valoración y decisión en el proceso principal, porque de no hacerlo así se prejuzgaría la cuestión de fondo.

Un tema más en relación con el *fumus boni iuris*, consiste en determinar si este principio es un criterio único o debe ser valorado junto con otros para conceder la medida cautelar, como podría ser el caso de la ponderación del interés público. Así, tenemos que en el auto del 31 de mayo de 1996²⁷ se sostuvo que la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* en determinadas circunstancias es un criterio a considerar, pero no siempre basta para otorgar la suspensión.

Como tercer punto, la medida cautelar admite la posibilidad de adoptar cualquier medida —no sólo suspensivas sino positivas— necesaria para asegurar la plena efectividad de la sentencia de fondo, que en su caso pueda recaer en el proceso principal;²⁸ esta doctrina que tiene su origen a su vez en la italiana, concretamente proveniente de Chiovenda, puesta en primera línea por Calamandrei, consistente en que “*la necessità di servirse del processo per ottenere ragione nonn deve tornar a danno di chi ha ragione*”,²⁹ se proyecta como la necesidad de adoptar medidas que impliquen adelantar en el tiempo el beneficio de una hipotética sentencia favorable, muchas veces larga duración del proceso, a fin de evitar que en su caso la sentencia favorable al administrado que se dicte en el fondo no provoque una frustración al contar con la decisión a su favor, pero inejecutable en la realidad.

²⁵ Álvarez Cienfuegos Suárez, J. Ma., en Bacigalupo, Mariano, *op. cit.*, nota 11, p. 45.

²⁶ Bacigalupo, Mariano, *op. cit.*, nota 11, p. 47.

²⁷ Rivero Ortega, R., en Bacigalupo, Mariano, *op. cit.*, nota 11.

²⁸ Autos del 20 de diciembre de 1990 y 17 de enero de 1991 de la Sala 3a. del TS, citados por Bacigalupo, Mariano, *op. cit.*, nota 11, pp. 29 ss.

²⁹ Citados por Bacigalupo, Mariano, *op. cit.*, nota 11, p. 33.

Otros puntos que también resultan importantes, consisten en la posibilidad que tienen los tribunales contenciosos de adoptar medidas provisionales o precautelares, en tanto se sustancia el incidente de protección cautelar, a fin de asegurar la efectividad de la resolución que pueda recaer en el mismo.³⁰

3. *Las medidas cautelares en la jurisprudencia comunitaria*

Las medidas cautelares han sido objeto de referencia en algunos casos decididos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en aplicación obviamente de derecho comunitario a la luz de la primacía y el efecto directo de ese tipo de derecho en los ordenamientos nacionales.

Este Tribunal ha elaborado una doctrina jurisprudencial importante, que es de observancia obligatoria para los jueces nacionales, cuando actúan como jueces comunitarios ordinarios en casos de aplicación del derecho comunitario.³¹

Los casos más relevantes donde surgió la jurisprudencia comunitaria sobre el tema son los conocidos como caso “Factortame”, decidido en 1990, caso “Zuckerfabrik”, resuelto en 1991 y caso “Atlanta”, fallado en 1995, en los cuales surgieron cuestiones prejudiciales en las que el Tribunal Comunitario afirmó que los jueces nacionales que estén conociendo de un litigio en el que se invoquen derechos subjetivos conferidos por el derecho comunitario tiene atribuido el poder de inaplicar *cautelamente*: su propio derecho interno, incluso las normas con rango de ley; actos administrativos internos que hagan aplicación de derecho comunitario derivado, y actos administrativos de aplicación de reglamentos comunitarios cuya validez se cuestiona.³²

4. *Las medidas cautelares en vía administrativa*

En este apartado nos ocuparemos de las medidas provisionales que puede adoptar la administración antes y una vez iniciado el procedimiento administrativo, previstas en la Ley 30/1992 del 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

³⁰ *Ibidem*, p. 42.

³¹ *Ibidem*, p. 200.

³² *Ibidem*, pp. 199 y 200.

Administrativo Común (LRJAP-PAC), en los artículos 72 y 136, pues existen normas sectoriales distintas que permiten la adopción de medidas provisionales relacionadas con la materia que regulan.³³

La terminología que utiliza el legislador al referirse a la figura en cuestión es diversa, algunas veces se refiere a medidas cautelares, a medidas provisionales, y otras más a suspensión; Meseguer Yebra señala que los dos primeros se usan cuando ya existe una resolución o con ocasión de su revisión, y el segundo cuando se adoptan durante el procedimiento administrativo o con anterioridad a su inicio.³⁴

Las medidas provisionales pueden ser *facultativas* u *obligatorias*, González Pérez y González Navarro señalan que se ubican en el primer grupo aquellas que se dejan a la imaginación del instructor del procedimiento, como podrían ser la suspensión de la ejecución del acto administrativo, la suspensión provisional de funciones, derechos y prerrogativas ajenas a la condición de funcionario, la anotación preventiva del embargo; y en cambio son obligatorias, por ejemplo, la exigencia de la fianza provisional al licitador en la contratación de las administraciones públicas, suspensión de licencias urbanísticas como consecuencia de la aprobación inicial de planes, normas, programas y estudios de detalle, entre otras.³⁵

Medidas previas al inicio del procedimiento administrativo (artículo 72.2). La administración puede adoptar de oficio o a instancia de parte las medidas cautelares que estime oportunas en los supuestos previstos expresamente en una norma de rango de ley, antes de iniciar el procedimiento administrativo, en caso de urgencia³⁶ (*periculum in mora*), y para la protección de los intereses implicados.³⁷

³³ Ley 14/1986 (artículos 26 y 37), Ley 16/1987 (artículo 143), Real Decreto Legislativo 339/1990 (artículo 70), Ley 42/1997 (artículo 5.4), Ley Orgánica 1/1992 (artículo 39.4), Ley 23/1992 (artículo 35.3), Ley 14/1998 (artículo 5o.), Ley Orgánica 12/1995 (artículo 14), entre otras.

³⁴ Cfr. Meseguer Yebra, Joaquín, *Las medidas provisionales en vía administrativa*, Barcelona, Bosch, 2000, p. 9.

³⁵ Cfr. González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco, *Comentarios a la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30 de 1992 del 26 de noviembre)*, Madrid, Civitas, 1997, t. II, pp. 1191 y ss.

³⁶ Deben darse razones de urgencia inaplazables, sentencia del Tribunal Supremo del 1o. de julio de 1997. Recurso contencioso-administrativo núm. 838/1993. Citado por Meseguer Yebra, Joaquín, *op. cit.*, nota 34, p. 59.

³⁷ En sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Galicia del 10 de diciembre de 1998, núm. 1061/1998. Recurso contencioso-administrativo núm. 5682/1996, señaló que “En el propio decreto impugnado se dice en el apartado 2o. de su parte dispositiva que la

La ley de la materia no contempla recurso alguno contra esa medida, pues el artículo 107.1 de la LRJAP-PAC prevé que los recursos administrativos proceden contra las resoluciones y acuerdos de trámite, característica que no tienen las determinaciones de medidas provisionales dictadas precisamente antes del procedimiento, y algunos autores consideran que es por la brevedad en su vigencia —que como veremos a continuación es de quince días como máximo—, la ley no prevé recurso en ese supuesto, pues se caería en el absurdo de intentar un recurso contra actuaciones que antes de agotado el plazo para su impugnación hayan sido eliminadas o modificadas.³⁸

Estas medidas pre-procedimentales deben ser confirmadas, modificadas o revocadas en el acuerdo que da inicio al procedimiento administrativo, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a la adopción de las medidas, y si no se inicia el procedimiento en ese plazo o se inicia, pero nada se dice expresamente acerca de esas medidas provisionales, éstas quedan sin efecto.

Medidas provisionales en el procedimiento (artículo 72.1). Una vez iniciado el procedimiento, la administración puede adoptar las medidas provisionales que estime oportunas, de oficio o a petición de parte, a fin de asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer. Contra esta resolución la parte interesada podrá interponer el recurso de alzada, si no pone fin a la vía administrativa (artículo 114.1), o el potestativo de reposición sí pone fin a la vía administrativa (artículo 116.1).

Existen reglas comunes para las medidas preventivas, independientemente de que se hayan adoptado antes o durante el procedimiento, veamos: *a*) no procede la adopción de medidas provisionales, cuando éstas puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes (artículo 72.3); *b*) las medidas provisionales pueden revocarse o modificarse, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tomadas en cuenta en el momento de su adopción (artículo 72.4), y *c*) las medidas provisionales se extinguen con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente (artículo 72.4, segundo párrafo).

medida no tiene carácter de sanción «sino de necesaria resolución para evitar molestias al vecindario»»; citada por Meseguer Yebra, Joaquín, nota 34, p. 61.

³⁸ López Álvarez, citado por Meseguer Yebra, Joaquín, *op. cit.*, nota 34, p. 21.

Las disposiciones legales que regulan las medidas provisionales en la fase administrativa nada dicen acerca de la audiencia previa del sujeto perjudicado con la medida. Meseguer comenta que la jurisprudencia no siempre sigue una línea coherente, pues el Tribunal Constitucional en su sentencia del 10 de febrero de 1992 —que analizó la constitucionalidad del artículo 1.435.4 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil— expresamente consideró que el embargo preventivo es decretado *inaudita parte debitoris*, pero que al ser una medida cautelar que no requiere de una plena certeza del derecho provisionalmente protegido, no resulta inconstitucional la norma que lo prevé; pero en sentencia del 18 de octubre de 1994, al interpretar el artículo 72 de la LRJAP-PAC, en relación con el cierre cautelar de un bar, implica una importante restricción de los derechos del propietario, por lo que exige una audiencia preliminar del interesado, si es posible, desde luego; por tanto —concluye el autor citado—, cuando sea posible y de contenido gravoso y limitativo de estas medidas, deberá darse audiencia al interesado o destinatario de la misma, en cambio, si la urgencia de la medida exige su adopción inmediata, y la audiencia no aporta dato relevante a la gravedad de los hechos, podrá adoptarse la medida sin audiencia previa.

Las otras medidas provisionales a la que nos referiremos, son las que se adoptan en los procedimientos sancionadores para asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer (artículo 136 de la LRJAP-PAC).

El Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora 1398/1993, del 4 de agosto (artículo 15), reitera que el órgano competente para resolver podrá adoptar en cualquier momento las medidas de carácter provisional que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales; estas medidas deberán estar expresamente previstas —no dice si en ley o reglamento— y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretendan garantizar en cada caso concreto, y podrán consistir, entre otras, en la suspensión temporal de actividades y la prestación de fianzas, en la retirada de productos o suspensión temporal de servicios por razón de sanidad, higiene o seguridad.

5. *La suspensión en los recursos administrativos (Ley 30/1992 del 26 de noviembre, LRJAP-PAC)*

La administración que emite un acto administrativo tiene la posibilidad de hacerlo desaparecer —revisarlo, revocarlo, dejarlo sin efectos— por iniciativa propia de la autoridad o a petición de parte (artículo 102).

González Pérez y González Navarro señalan que “la revisión de un acto es la acción de volver sobre los mismos a efectos de su modificación o desaparición en el mundo del derecho”.³⁹

Revisión de oficio. Este medio de control iniciado por la propia administración —la autotutela administrativa—, que también puede ser instada por el interesado, supone la supresión de un acto por la misma administración, que tiene la potestad de verificar la conformidad de sus actos con las normas jurídicas que los regulan por medio de otro acto en sentido contrario, regulado en los artículos 102 a 106 de la LRJ-PAC; González Pérez y González Navarro señalan la potestad de volver sobre sus propios actos, es una extensión de los privilegios de los que está investida la administración, que no se agota con la potestad de dictar decisiones investidas de presunción de legitimidad, obligatorias y ejecutivas, sin la previa homologación judicial.⁴⁰

Procede contra actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en el plazo, en los casos en que se actualice una nulidad de pleno derecho.⁴¹ El recurso también procede respecto de disposiciones.

El artículo 104 de la LRJAP-PAC prevé la suspensión de la ejecución o efectos del acto administrativo, una vez iniciado el procedimiento de revisión de oficio,⁴² cuando pueda causar —la ejecución— perjuicios de imposible o difícil reparación. La imposible o difícil reparación será materia de estudio al abordar las medidas cautelares en el contencioso-administrativo, por lo que remitimos a dicha parte.

González Pérez y González Navarro comentan que en principio parece difícil que la norma (artículo 104) tenga aplicación práctica, en el caso en que procede la revisión de oficio una vez transcurridos los plazos

³⁹ *Cfr.* González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco, *op. cit.*, nota 35, pp. 1623 y ss.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ El artículo 62.1 señala los supuestos de nulidad de pleno derecho.

⁴² La iniciación del procedimiento es condición para su concesión.

para iniciar las vías de impugnación ordinarias, pues lo normal es que la ejecución se haya consumado en el momento de iniciarse el procedimiento del recurso, sin embargo —siguen diciendo— puede ocurrir que la ejecución no sea irreversible y pueda remediarse, y si se inicia no a instancia de parte sino de oficio, por regla general la administración —que tiene interés en hacer desaparecer el acto del mundo jurídico— debe tener cuidado de ejecutar un acto con o sin suspensión.⁴³

Hasta aquí se ha visto que la medida cautelar procede respecto de actos de la administración, nada se ha dicho acerca de las disposiciones generales, ya que el artículo 104 es omiso al respecto; sin embargo, González Pérez y González Navarro sostienen que no hay razón para que no sea admisible la suspensión de la eficacia de las disposiciones generales objeto de revisión.⁴⁴

Como se verá a continuación, no proceden los recursos administrativos contra las disposiciones de carácter general y sería ocioso hablar de la suspensión; sin embargo, esa situación no ocurre en el caso de la revisión de oficio que sí procede contra disposiciones administrativas, por lo que no existe el obstáculo para suspender la aplicación de las disposiciones administrativas, ya que las normas que establecen restricciones deben interpretarse en sentido estricto.

La vigencia de la suspensión también es un tema del que no se ocupa la norma en estudio, pero sin duda que en principio la suspensión surtirá sus efectos desde el momento en que se concede, hasta que se dicta la resolución en el recurso respectivo.

Recursos administrativos. Son medios de impugnación de un acto administrativo anterior (medio de control ex post), que se intentan ante un órgano de este carácter que dan lugar a un procedimiento de revisión;⁴⁵ el artículo 107.1 de la LRJAP-PAC regula que los interesados podrán interponer los recursos, lo que lleva a González Pérez y González Navarro a afirmar que estarán legitimados los titulares de derechos o de intereses legítimos individuales o colectivos que pudieran resultar afectados por el acto.⁴⁶

⁴³ Cfr. González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco, *op. cit.*, nota, 35, pp. 1623 y ss.

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Idem.* Los mismos autores mencionan que al igual que en los procedimientos de revisión de oficio, se inicia —también en éste— a instancia del interesado, pero que la diferencia entre unos y otros radica en que los recursos administrativos constituyen vías

Los recursos administrativos que establece la LRJAP-PAC son: el de alzada, el potestativo de reposición, el de revisión y el recurso económico-administrativo, y proceden cuando se actualizan las hipótesis de procedencia que refiere la propia ley.⁴⁷

El artículo 111 de la LRJAP-PAC reafirma el principio general de ejecutividad del acto de la administración, al señalar que la interposición del recurso administrativo no suspende la ejecución del acto —salvo cuando haya disposición que establezca lo contrario—, pero la propia disposición establece excepciones a esa regla al permitir la suspensión de la ejecución del acto administrativo —de oficio o a petición de parte— en los siguientes casos: *a*) Cuando la ejecución pudiera causar daños y perjuicios de imposible o difícil reparación, y *b*) Que la nulidad que se pretende se apoye en alguna causa de nulidad de pleno derecho.

En el primer caso se presenta una discusión acerca de si esa imposibilidad o dificultad se refiere a la posible evaluación económica de los perjuicios, o si éste es un criterio independiente, con la discutible conclusión de que no procede la suspensión cuando los daños y perjuicios sean evaluables económicamente; al respecto sólo adelanto a decir —porque será una tema del que nos ocuparemos con mayor precisión al analizar las medidas cautelares en el juicio contencioso administrativo— que la jurisprudencia de los tribunales ha insistido en algunas sentencias que no basta que el daño y perjuicio sea evaluable económicamente para que sirva de criterio denegatorio de la medida cautelar, porque ésta busca conservar el derecho del administrado, no el pago de daños y perjuicios en caso de resolución favorable al administrado.

En cuanto al segundo, no basta que el administrado alegue como motivo la supuesta nulidad de pleno derecho, lo que permitiría que el otorgamiento de la suspensión quede en manos del administrado con el solo planteamiento en esos términos de su recurso, sino que el órgano competente deberá verificar que el vicio determinante surja patente y notoria-

de revisión a instancia siempre de los interesados, sujetas a plazos, mientras que en la revisión de oficio está prevista para volver sobre los actos administrativos una vez transcurridos los plazos normales, p. 2514.

Otra distinción que en lo personal me parece importante, es que existe disposición expresa en el sentido de que no cabe recurso en vía administrativa contra las disposiciones administrativas de carácter general (artículo 107.3, segundo párrafo de la LRJAP-PAC).

⁴⁷ Artículos 107, 108, 114, 116 y 118 de la LRJAP-PAC, y Reglamento del Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas, aprobado por decreto 391/1996.

mente sin necesidad de que deba realizarse nada más que la comprobación del hecho para constatar su existencia.⁴⁸

En ambos casos el órgano competente deberá realizar una ponderación racional entre el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto y el perjuicio que se causa al interés público o a terceros con la suspensión del acto (artículo 111.2 de la LRJAP-PAC); aspecto que desde luego no es fácil de aplicar por estar en presencia de conceptos indeterminados, y que por esa razón se exige se razone de forma suficiente, y a partir de elementos objetivos, cuando se afecta uno y otro, a fin de no hacer letra muerta la medida cautelar.

La suspensión se entenderá concedida —concesión ficta—, si transcurren treinta días a partir de que el órgano competente recibe la solicitud de suspensión, sin resolución expresa (artículo 111.3 de la LRJAP-PAC).

6. Las medidas cautelares en el contencioso administrativo

La jurisdicción contencioso-administrativa es la vía procesal al alcance del administrado afectado con la actuación de la administración, pero en muchas ocasiones ese procedimiento será ineficaz si el administrado se encuentra incapacitado para lograr una solución inmediata a la afectación que sufra con el acto, dada la calidad de ejecutividad inmediata de los actos y disposiciones de los actos y disposiciones de la administración, y la lentitud con la que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se dispensa.⁴⁹ Las medidas cautelares se constituyen como la última posibilidad de salvar la crisis que genera ese tipo de problemas; a través de ellas se juega el ser o no ser del derecho material y la utilidad en los procesos.⁵⁰

7. Las medidas cautelares en la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

El artículo 129 de la Ley 29/1998 (LJCA) establece que se podrán solicitar tantas medidas cautelares como sean necesarias para garantizar la

⁴⁸ Auto del 9 de diciembre de 1993, citado por González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco, *op. cit.*, nota, p. 2558.

⁴⁹ *Cfr.* Bacigalupo, Mariano, *op. cit.*, nota 11, p. 9.

⁵⁰ *Cfr.* Parada Vázquez, José Ramón en el prólogo a Carmen Chinchilla, Marín, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991, p. 14.

efectividad de la sentencia, lo cual implica que para que exista una tutela jurídica efectiva en el proceso el juez deberá conceder las medidas cautelares pertinentes para que el actor no quede en estado de indefensión.⁵¹ Por lo tanto, el fundamento de las medidas cautelares es la tutela efectiva de la jurisdicción, garantizando la efectividad de la sentencia.

Como se comentó anteriormente, existen diversos tipos de medidas cautelares, y esto también responde a la diversidad de medidas preventivas que son necesarias para permitir el ejercicio efectivo del interés legítimo del actor. En este sentido, las medidas cautelares son innominadas con el objeto de que puedan concederse las medidas cautelares más diversas para garantizar la tutela judicial efectiva y no sólo a través de la suspensión de la ejecución del acto reclamado.

Dependiendo de si el objeto del proceso es: 1) un acto administrativo particular (una sanción administrativa) o general (un reglamento) o 2) la inactividad de la administración o la vía de hecho; la necesidad de garantizar la efectividad de la sentencia y, por lo tanto, la tutela judicial efectiva se identificará con la necesidad de: a) evitar la ejecución del acto administrativo particular o la aplicación del acto administrativo general o disposición o b) obligar a la administración a actuar en caso de inactividad, o hacer cesar una vía de hecho.

Mientras que en el caso de la actuación positiva de la administración pública la medida cautelar presupone el *periculum in mora* o el evitar que se pierda la finalidad legítima del proceso o que la dilación del proceso haga imposible o difícil la eficacia eventual de la sentencia, en el caso de la actuación negativa el presupuesto es el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho.

Por otro lado, las medidas cautelares deben de entenderse como recursos provisionales que tiene una persona afectada por cualquiera de los actos positivos o negativos de la administración pública. Este carácter provisional de la medida cautelar deriva de su carácter accesorio o incidental al proceso principal, por lo que si el juez comprobara una vez solicitada la medida cautelar que, por ejemplo, no se pone en riesgo la finalidad legítima del proceso, podría el juez negar en la resolución incidental la concesión de la medida cautelar, sin que se afecte el objeto del proce-

⁵¹ Algunos ejemplos sobre arbitrariedades estatales véanse en García de Enterría, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 167 y ss.

so principal. Incluso conforme al artículo 132 el juez podría revocar la medida cautelar en caso de que ésta no tenga sentido, al no ponerse en riesgo a la finalidad legítima del proceso.

Ahora, las medidas cautelares se pueden dividir en dos clases dependiendo de la naturaleza positiva o negativa del acto administrativo:

- 1) Medidas cautelares de carácter positivo (acto administrativo negativo): aquéllas donde la medida cautelar exige una acción que evite perjuicios al demandado.
- 2) Medidas cautelares de carácter negativo (acto administrativo positivo): éstas se denominan como la “suspensión” de la ejecución del acto reclamado o como la suspensión de los efectos de la disposición de carácter general. Es decir, exigen una omisión que evite perjuicios al demandado.

Ahora, como es claro observar, las medidas cautelares fueron diseñadas para proteger los intereses en conflicto dentro del proceso. Así lo contempla el artículo 130 de la LJCA, que a la letra dice: “Prevía 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”.

La finalidad legítima del recurso justifica la imposición de una medida cautelar de carácter negativo como la suspensión, por lo que en caso de que dicha finalidad legítima no se acredite durante la sustanciación del incidente, la medida cautelar de carácter negativo no se concederá. En este sentido, según el artículo 130 de la LJCA, sólo cabe negar la suspensión de la ejecución del acto reclamado “cuando de ésta pudiese seguirse perturbación grave de los intereses generales o de un tercero”.

En el caso de las medidas cautelares positivas, si no se acreditan los supuestos de los artículos 29 (inactividad) y 30 (vía de hecho) de la LJCA, la medida cautelar no se concederá. Asimismo, en este caso también se revisará si la concesión de la medida cautelar perturba o no los intereses generales o de un tercero. Esto nos lleva a concluir que si bien la presunción de buen derecho es el principio rector en las medidas cautelares positivas, también debe acreditarse que no se perturben intereses generales o de un tercero que lleven a concluir la inexistencia de una finalidad legítima del recurso.

Por otra parte, la decisión de conceder o no la medida cautelar negativa o positiva deberá ser tomada por el juez o el tribunal a través de una

ponderación de intereses en forma circunstanciada. Dicha ponderación tendrá el objeto de revisar si existe o no la finalidad legítima del recurso o comprobar la actualización de los supuestos de los artículos 29 (inactividad) o 30 (vía de hecho) de la LJCA, pero sin que en la resolución del incidente se revise el fondo de la materia en conflicto.

El fundamento de esto es que si el juez entra en el fondo del conflicto al resolver el recurso, podrá vulnerar el derecho fundamental de debido proceso al prejuzgar el conflicto sin tomar en cuenta todos los elementos necesarios. No obstante, es cuestionable si en algunos casos la decisión del juez al resolver el incidente por el cual concede o no la medida cautelar influye en la sentencia final, al haberse emitido un juicio *a priori* mediante un ejercicio ponderativo y sin que se hubiesen valorado las pruebas pertinentes.

Por otro lado, existe una excepción a esta ponderación que el juez hace para otorgar la medida cautelar negativa consistente en la suspensión del acto reclamado. Dicha excepción es la concesión de la suspensión provisional en los casos en que a juicio del juez concurren circunstancias de especial urgencia. En este caso se concede la suspensión del acto reclamado sin oír a la otra parte o a tercero con interés legítimo. Posteriormente, se cita a las partes con el objeto de levantar, mantener o modificar la medida cautelar concedida (artículo 135).

En caso de que el otorgamiento de la medida cautelar cause algún perjuicio, sin que éste sea grave, podrá concederse, por ejemplo, la suspensión de la ejecución del acto reclamado, siempre y cuando se otorgue caución o garantía suficiente para responder sobre los perjuicios que pudieran derivarse de la adopción de la medida cautelar. En este caso, el actor, al solicitar la medida cautelar, deberá acreditar al juez que ha otorgado garantía bastante para que se le conceda la medida cautelar, como lo sería el otorgamiento de una fianza para garantizar el interés fiscal al haberse interpuesto una multa por la administración, y así poderse otorgar la suspensión de la ejecución del acto administrativo positivo reclamado. González Varas con relación a esto señala que:

Si la pretensión cautelar se refiere a una pretensión de anulación contra actos de limitación procede el efecto suspensivo (medida cautelar negativa) del acto administrativo (positivo), ya que lo que interesa al sujeto es la suspensión de los efectos del acto. Si la pretensión cautelar se refiere a una pretensión prestacional en caso de inactividad, procede la medida cautelar positiva, ya que lo que interesa es que la administración cautelarmente realice

una actuación, por ejemplo que actúe contra un sujeto que realiza una actividad molesta paralizando la actividad.⁵²

En el caso de las medidas cautelares que se adopten para suspender la vigencia de disposiciones generales, deberá publicarse la suspensión, toda vez que dicha suspensión o concesión de la medida cautelar afecte a una pluralidad determinada o indeterminada de personas. Esto tiene como razón de ser la protección efectiva de los distintos derechos fundamentales que pudieren llegar a ser afectados.

V. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO MEXICANO

1. *El procedimiento administrativo en México*

Por lo que se refiere a la regulación y estructura del procedimiento administrativo en México, Alfonso Nava Negrete señala que pueden apreciarse cuatro etapas:⁵³

- 1) La primera de ellas la ubica en el siglo XIX, en la que el procedimiento es calificado de *hermético* pues no era regulado prácticamente por las leyes, ni los reglamentos u otros ordenamientos generales, no se tenía noticia de los pasos que daba las autoridades para tomar decisiones y los particulares, por ende, no tenían intervención alguna en el procedimiento.
- 2) La segunda etapa abarca las primeras cuatro décadas del siglo XX y se distingue por los primeros intentos de regular o prever un procedimiento a seguir para la realización de los actos administrativos. Se establecen requisitos para obtener permisos, licencias, tiempos para la presentación de solicitudes y respuesta a éstas por parte de las autoridades, así como algunas bases para inconformarse con las actividades administrativas.
- 3) En la etapa siguiente, que abarca hasta el fin de la década de los sesenta, se distinguen con claridad los rasgos de un procedimiento administrativo, con la peculiaridad inicial de reconocer que en mu-

⁵² González Varas Ibáñez, Santiago, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Madrid, Tecnos, 1999 (paréntesis de R. G. V.).

⁵³ Nava Negrete, Alfonso, *Derecho administrativo mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 298-300.

chos casos era necesaria la intervención de los particulares, sobre todo éstos tendrían que aportar pruebas o ampliar las ya presentadas, e informar de los hechos ocurridos; en general puede afirmarse que no es un procedimiento exclusivo para las autoridades en todos los casos.

- 4) La cuarta etapa que parte de los años sesenta, se distingue porque en la legislación hay una marcada participación concurrente en el procedimiento tanto de parte de autoridades como de particulares, en especial para dar cabal cumplimiento a la garantía de audiencia prevista en el artículo 14 constitucional, y porque las resoluciones administrativas deben partir de hechos ciertos y auténticos.

Consideramos que a partir de 1995 puede abrirse una nueva etapa en la regulación del procedimiento administrativo y en específico de su unificación por lo menos a nivel federal, pues en junio de ese año entró en vigor la Ley Federal de Procedimiento Administrativo publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de agosto de 1994, misma que en sus disposiciones transitorias señala que deroga a “todas las disposiciones que se opongan a lo establecido en esta ley, en particular los diversos recursos administrativos de las diferentes leyes administrativas en las materias reguladas por este ordenamiento”. No obstante lo anterior, esto parece estar en franca contradicción con el artículo 2o. de la propia ley, que le da un carácter supletorio a la misma al señalar: “Esta ley, salvo por lo que toca al título tercero A, se aplicará supletoriamente a las diversas leyes administrativas. El Código Federal de Procedimientos Civiles se aplicará, a su vez, supletoriamente a esta ley, en lo conducente”.

De esta manera, como afirma Nava Negrete, “en México existen tantos procedimientos administrativos como número de leyes y reglamentos vigentes, y quizá más, pues en algunos de estos ordenamientos se recogen dos o más procedimientos”.⁵⁴

2. *La evolución y situación actual de la justicia administrativa en México*

En México la justicia administrativa durante la Colonia siguió el modelo judicialista, aunque cabe señalar algunos intentos por establecer una

⁵⁴ *Ibidem*, p. 301.

figura similar al Consejo de Estado francés. Así, puede identificarse en dicha etapa la labor de las Audiencias y en último grado al propio Consejo de Indias, como los órganos encargados de resolver ciertos conflictos relacionados con los actos y resoluciones administrativos, excepción hecha de los asuntos tributarios que fueron encargados a una Junta Superior de Hacienda con base en las Ordenanzas de Intendentes de 1786. Al declararse la independencia de México a principios del siglo XIX, la tradición judicialista de entonces se vio influida por el derecho público de los Estados Unidos de América, también de corte judicialista, lo cual se reflejó en varios de los documentos constitucionales vigentes durante dicho siglo, aunque cabe aclarar que la competencia judicial no era genérica.⁵⁵

No obstante lo anterior, hubo dos intentos por modificar el modelo señalado y adoptar el del Consejo de Estado, entonces órgano de jurisdicción retenida; el primero de ellos en 1853 con las “Bases para la administración de la República”, inspiradas en las ideas de Teodosio Lares, y el segundo en 1865 con el “Decreto sobre Organización General de los Ministerios”, durante la corta vigencia del Segundo Imperio.⁵⁶

Uno de los documentos constitucionales que debe destacarse es la Constitución de 1857, antecedente de gran influencia para la vigente de 1917. El primero de los documentos constitucionales mencionados señaló de manera genérica en su artículo 97, fracción I, que las controversias sobre aplicación de las leyes federales y tratados correspondía a los tribunales de la Federación, lo cual fue considerado como el fundamento para que dichos tribunales tuvieran jurisdicción para resolver los conflictos entre los administrados y las autoridades administrativas federales. Lo mismo ocurrió con la Constitución vigente que en su artículo 104, fracción I, reprodujo el contenido del artículo 97 citado y que además incluyó la posibilidad de que conociera de dichas controversias los tribunales comunes de los estados o del Distrito Federal, cuando así lo eligiera el actor en el juicio, siempre que los intereses afectados fueron particulares.⁵⁷

Esto dio pie a que la legislación secundaria se ocupara de asignar de manera expresa a los jueces federales, jueces de distrito y tribunales uni-

⁵⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, El Colegio Nacional, 1983, p. 78; véase también Vázquez Alfaro, José Luis, *Evolución y perspectiva de los órganos de jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, UNAM, 1991, pp. 125-136.

⁵⁶ Fix-Zamudio, *op. cit.*, nota anterior, p. 79.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 80; Vázquez Alfaro, José Luis, *op. cit.*, nota 55, pp. 136-138, 140 y 141.

tarios de circuito en su función de órganos jurisdiccionales ordinarios, el conocimiento de las controversias en que se decidiera la legalidad o la subsistencia de un acto de autoridad o de algún procedimiento seguido por autoridades administrativas federales, lo cual fue conocido como *juicio de oposición* que estaba previsto en leyes federales especializadas. Las decisiones de dichos órganos jurisdiccionales eran a su vez impugnables por parte de la autoridad a través del llamado *recurso de súplica*, o si se trataba de los particulares vía dicho recurso o también del juicio de amparo, ambos instrumentos previstos en la Constitución de 1917 (artículos 104 y 107, respectivamente) y regulados por la Ley de Amparo de 1919.⁵⁸

Un giro notable a este respecto se dio con la creación de algunos órganos de jurisdicción retenida en materia fiscal en la década de los años veinte, la supresión del recurso de súplica en 1934 y la desaparición paulatina de los *juicios de oposición* de las leyes federales que los preveían;⁵⁹ esto fue la antesala de la creación del Tribunal Fiscal de la Federación en 1936, el cual ha transitado de ser en principio un tribunal de jurisdicción delegada que dictaba sus fallos en representación del Ejecutivo de la Unión —durante la vigencia de su primera ley orgánica vigente de 1936 a 1967—, y luego como órgano con plena autonomía para dictar sus decisiones a partir de la segunda ley que reguló su estructura y funcionamiento en vigor de 1967 a 1978, aunque sin estar dotado de mecanismos para hacer ejecutables las determinaciones que fueran contrarias a la autoridad.

Dos ordenamientos adicionales han regulado al Tribunal Fiscal de la Federación, su tercera Ley Orgánica de 1978 que se caracterizó por implantar la desconcentración de la justicia administrativa a nivel federal, pues creó una Sala Superior y salas regionales distribuidas en el territorio nacional, y la más reciente Ley Orgánica de 1995, con algunas reformas a la fecha, que significó un paso adicional en la evolución ya apuntada al convertir al entonces Tribunal Fiscal en Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que posee plena autonomía para dictar sus fallos y se integra por una Sala Superior —compuesta de once magistrados y dividida en dos secciones con cinco integrantes por cada una— y salas regionales —formadas por tres magistrados cada una—.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 81.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 82.

Un comentario específico merecen: *a*) las reformas constitucionales de octubre de 1968 y de agosto de 1987, *b*) así como el papel del amparo en materia administrativa.

a) La reforma constitucional de 1968 al artículo 104, fracción I, significó la “constitucionalización” del contencioso administrativo federal, al establecer que las leyes federales podrán instituir tribunales de lo contencioso-administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, encargados de dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal o del Distrito Federal y los particulares.

En la reforma de 1987 referida, se suprimió el párrafo señalado de la fracción I del artículo 104 y se trasladó al artículo 73, fracción XXIX-H, de manera que con mejor técnica se facultó al Congreso de la Unión para expedir las leyes que instituyeran tales tribunales de lo contencioso administrativo. En marzo de ese mismo año ya había sido realizada una adición al artículo 116 constitucional —que se refiere al régimen de las entidades federativas—, fracción IV —actualmente fracción V, luego de las reformas de agosto de 1996—, en el sentido de que los respectivos estados en sus Constituciones podrían instituir tribunales de lo contencioso-administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos.

Para completar el cuadro que estamos presentando cabría mencionar las reformas constitucionales de agosto de 1996 al régimen jurídico del Distrito Federal, en el sentido de que a partir de dichas reformas a la denominada Asamblea Legislativa del Distrito Federal le corresponde expedir la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal (artículo 122, fracción V, inciso n), creado por ley del Congreso de la Unión, en 1971, de conformidad con las bases del artículo 104, fracción I, de la Constitución Federal, vigentes en ese entonces.

b) Con relación al importante papel del amparo en materia administrativa, habría que mencionar que también ha pasado por etapas definidas desde su establecimiento definitivo en los artículos 101 y 102 de la Constitución de 1857.

La primer etapa que va desde la Constitución de 1857, comprende los primeros años de la Constitución de 1917 y llega hasta la entrada en vigor de la Ley de Amparo de 1919, es decir, abarcó la vigencia de las leyes de amparo de 1861, 1869, 1882, así como los Códigos de Procedimientos Civiles que lo regularon en 1897 y 1908. En dicha etapa el amparo tuvo dos funciones primordiales, una de ellas fue la de medio de impugnación de las decisiones de los jueces y tribunales ordinarios que,

como vimos, tenían a su cargo la decisión de ciertas controversias en materia administrativa, pero no de todas las que se pudiera presentar, por lo que el amparo en el caso de estas últimas servía como un juicio contencioso administrativo, con una tramitación de doble instancia en ambas hipótesis —con excepción de la primera ley de amparo de 1861 que estableció tres instancias—, la primera de ellas ante los jueces de distrito y la segunda ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación en revisión forzosa.⁶⁰

La segunda etapa del amparo en materia administrativa lo marca la entrada en vigor de la Ley de Amparo de 1919, con la cual se inició una nueva forma de tramitación, esta vez de una sola instancia, cuando se tratara de la impugnación de decisiones judiciales. Dicha etapa transcurrió hasta 1968 y se caracterizó por la coexistencia por varios años del amparo con el recurso de súplica previsto en el artículo 104 de la Constitución Federal, a través del cual se podían impugnar las decisiones definitivas de los tribunales federales al aplicar legislación federal y tratados internacionales, pero esta opción excluyente de acudir al amparo o a la súplica sólo estaba disponible a los particulares, pues las autoridades al no poder acudir al amparo sólo tenían la opción de la súplica.⁶¹

Fix-Zamudio explica las opciones que esto traía consigo:⁶²

- 1) Si se impugnaban de manera inmediata los actos y resoluciones de la administración activa, se debían plantear vía el amparo de doble instancia ante los jueces de distrito y después a través del recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 2) Si las controversias eran susceptibles de impugnación judicial vía ordinaria —local o federal—, la impugnación de las sentencias respectivas podía combatirse a través del amparo, pero en la nueva modalidad de tramitación de una sola instancia ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En los casos de sentencias derivadas de la aplicación de leyes federales y tratados, el particular, como ya se señaló, podía optar por el amparo de una sola instancia o por interponer el recurso de súplica, del cual también conocía la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁶⁰ Fix-Zamudio, Héctor, “El amparo mexicano en materia administrativa y la revisión fiscal”, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2003, pp. 385-387.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 387-390.

⁶² *Ibidem*, p. 388.

- 3) En esta última hipótesis, para las autoridades administrativas únicamente cabía la posibilidad de acudir a la *súplica*.

Este sistema de suyo complicado, fue objeto de alteraciones posteriores, la primera de ellas con la división del funcionamiento de la Suprema Corte en salas en 1928 —penal, administrativa y civil—, de manera que fue a la Segunda Sala —administrativa— a la que se encomendó el conocimiento de los amparos en las modalidades ya señaladas.

Tiempo después, en 1934, el recurso de súplica fue suprimido, con lo cual se generó, según lo señalamos párrafos atrás, la culminación paulatina de los *juicios de oposición* tramitados y decididos por tribunales federales ordinarios (jueces de distrito y tribunales unitarios de circuito).

Con la supresión de la súplica, las opciones señaladas se redujeron para los particulares, que a partir de entonces tenían como vía de impugnación ante decisiones judiciales el amparo de una sola instancia, pero se anuló cualquier posibilidad de impugnación en estos casos a las autoridades administrativas.

La Ley de Amparo vigente y la Ley que creó al Tribunal Fiscal de la Federación, ambas expedidas en diciembre de 1935, marcan el inicio de una tercera etapa en la evolución del amparo en materia administrativa. A partir de entonces las controversias de esta naturaleza podían plantearse ante dicho Tribunal en los casos de su competencia o, fuera de éstos, de manera inmediata ante un juez de distrito y a través del recurso de revisión a la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia. Sin embargo, debido a que el Tribunal Fiscal no era considerado como un órgano jurisdiccional pleno, sus sentencias fueron consideradas como *actos administrativos*, lo cual significó en la práctica que cualquiera de las hipótesis de impugnación vía amparo, de manera inmediata o contra las decisiones del Tribunal Fiscal, debían tramitarse a través de amparo de doble instancia, la primera de ellas ante un juez de distrito y la segunda ante la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁶³

La cuarta etapa es distinguida por el nacimiento del amparo judicial en materia administrativa, entendiendo por tal la posibilidad de la impugnación de las decisiones del Tribunal Fiscal a través del amparo de una sola instancia. Esta etapa inicia con las reformas constitucionales de 1968, que determinaron darle ropaje constitucional al contencioso admi-

⁶³ *Ibidem*, pp. 389 y 390.

nistrativo, pero también con las respectivas reformas a la Ley de Amparo de ese mismo año, a través de las que expresamente se consideró procedente el amparo directo o de una sola instancia para combatir los fallos del Tribunal Fiscal.⁶⁴

Héctor Fix-Zamudio resume con claridad la situación actual del amparo administrativo en los siguientes términos:

El ordenamiento en vigor regula dos grandes sectores del derecho de amparo en la materia administrativa, el primero puede considerarse como substitutivo de un *proceso contencioso administrativo*, pues se integra con la impugnación inmediata ante los tribunales de amparo, a través de un procedimiento de doble instancia, de los actos y resoluciones de la administración activa; y el segundo está constituido por el juicio de amparo de una sola instancia contra las sentencias de los tribunales administrativos, y puede considerarse como un *recurso de casación administrativa*.⁶⁵

Ante la creación constante de tribunales de lo contencioso administrativo en las entidades federativas y la ampliación de las atribuciones del Tribunal Fiscal de la Federación, ahora de justicia fiscal y administrativa, la tendencia que se observa es por una parte a la ampliación del sector del amparo-casación administrativo y a la reducción del amparo contencioso administrativo, al ser cada vez menos los actos y omisiones de la administración que no puedan ser impugnados ante los tribunales federal o locales.

La regulación dispersa y la amplitud de la materia administrativa en México, así como el régimen federal que genera nada más que treinta y tres órdenes con características no necesariamente uniformes o compartidas, entraña evidentemente una cierta dificultad a la hora de abordar las medidas cautelares tanto en sede administrativa, en los recursos y en el contencioso administrativo. Es por ello que en esta parte de la investigación nos concentraremos en el ámbito federal en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de 1994 y en el del Distrito Federal, que en muchas ocasiones ha servido de modelo a los órdenes de las entidades federativas en la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal de 1995. Ambas legislaciones si bien no abarcan la totalidad de actos administrativos, pues por lo regular la materia fiscal está excluida en

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 390 y 391.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 390.

cierto modo de ellas, sí son las de alcance más general y, si la evolución continúa, serán las que finalmente unifiquen los elementos que en la materia aún se encuentran dispersos.

VI. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA VÍA ADMINISTRATIVA

La Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA) y la ley de materia del Distrito Federal (LPADF) prevén el principio de eficacia administrativa, que es considerado el fundamento de la necesidad de las medidas cautelares en vía administrativa, esto es, las que está facultada a adoptar la propia autoridad para asegurar el cumplimiento de sus actos y decisiones. En la LFPA el artículo 13 expresa el necesario sometimiento de la actuación administrativa a los principios de economía, celeridad, eficacia, legalidad, publicidad y buena fe, mientras que la LPADF, en su artículo 3o., menciona entre tales principios los de descentralización, desconcentración, coordinación, cooperación, eficiencia y eficacia, pero agrega que la autoridad “deberá abstenerse de comportamientos que impliquen vías de hecho administrativa contrarias a las garantías constitucionales, a las disposiciones previstas en esta ley o en otros ordenamientos jurídicos”.

El fundamento legal de las medidas cautelares en este rubro se encuentra en el artículo 44 de la LFPA, que denomina como *medidas provisionales* a las previstas en dicho ordenamiento, o en las leyes administrativas *para* asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer si existieren suficientes elementos de juicio para ello; asimismo, en el artículo 81 se señala la hipótesis de las medidas de seguridad, que son las disposiciones que dicte la autoridad competente, previstas en las leyes para proteger la salud y la seguridad públicas. La LPADF, en su artículo 106, hace referencia a dichas medidas que califica como *cautelares y de seguridad*, y que puede dictar la autoridad competente para “proteger la salud, la seguridad pública y en el cumplimiento de la normatividad referente a actividades reguladas que requieran de concesión, licencia, permiso, autorización o aviso”. Tales medidas deberán establecerse por normas administrativas que no deberán contravenir las disposiciones legales aplicables.

1. *La suspensión en los recursos administrativos*

En materia federal, una de las vías a disposición del particular que se vea afectado por los actos y las resoluciones de las autoridades administrativas es la interposición del recurso de revisión (artículo 83), y con motivo de éste puede solicitar la suspensión del acto impugnado. La LFPA establece que la interposición del recurso suspenderá la ejecución del acto impugnado, bajo las condiciones siguientes (artículo 87):

Que lo solicite expresamente el recurrente.

Que sea procedente el recurso.

Que no se siga perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público.

No se ocasionen daños o perjuicios a terceros, a menos que se garanticen éstos para el caso de no obtener resolución favorable; y

Tratándose de multas, el recurrente garantice el crédito fiscal en cualesquiera de las formas prevista en el Código Fiscal de la Federación.

La autoridad que conozca del recurso, el titular de la dependencia de que se trate o el superior jerárquico de la autoridad que dictó el acto, debe acordar lo relativo a la suspensión solicitada en un plazo de cinco días siguientes a la interposición del recurso, pero de no hacerlo así la suspensión se entenderá otorgada.

En el caso de la LPADF, el recurso previsto es el de *inconformidad*, mismo que tiene por objeto “que el superior jerárquico de la autoridad emisora confirme, modifique, revoque o anule el acto administrativo recurrido” (artículo 108).

Con motivo de la interposición del recurso de inconformidad, el interesado puede “solicitar la suspensión del acto administrativo recurrido en cualquier momento, hasta antes de que se resuelva la inconformidad”. Al igual que en materia federal, corresponde a quien deba decidir sobre el recurso acordar lo relativo a la suspensión dentro de los cinco días hábiles siguientes a la solicitud, en el entendido de que si no hay acuerdo expreso al respecto en el tiempo señalado se entenderá otorgada la suspensión (artículo 114).

La LPADF indica que al resolver sobre la providencia cautelar deberá señalar, en su caso:

Las garantías necesarias para cubrir los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse con dichas medidas.

Tratándose de multas, el recurrente también deberá garantizar el crédito fiscal en cualquiera de las formas previstas por el Código Financiero.

En los casos que proceda la suspensión pero pueda ocasionar daños o perjuicios a terceros, el interesado deberá otorgar garantía bastante para reparar el daño e indemnizar los perjuicios que se ocasionen con dicha medida. Las garantías pueden constituirse con billete de depósito o con fianza expedidos por institución autorizada (artículo 117).

La suspensión no podrá ser otorgada en los casos en que se cause perjuicio al interés social, se contravengan disposiciones de orden público o se deje sin materia al procedimiento (artículo 116).

El efecto de la suspensión en la LPADF es únicamente “que las cosas se mantengan en el estado en que se encuentran, en tanto se pronuncia la resolución al recurso” (artículo 118). Existe también la posibilidad de revocar la suspensión concedida si las condiciones bajo las cuales se otorgó se modifican (artículo 119).

2. Las medidas cautelares en el contencioso administrativo

Con base en el breve panorama que mostramos sobre la evolución de la justicia administrativa en México, abordaremos ahora lo relativo al funcionamiento de las medidas cautelares en el Código Fiscal de la Federación, que regula el proceso ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa,⁶⁶ la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal y la Ley de Amparo.

⁶⁶ Con posterioridad a la entrega de este trabajo, 1o. de diciembre de 2005, fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, misma que entró en vigor a partir del 1o. de enero de 2006, fecha en la cual el Código Fiscal de la Federación dejó de ser la base normativa central del contencioso administrativo federal. Dicha ley derogó de manera expresa el título VI, así como los artículos 197 a 263 del Código Fiscal de la Federación. En la nueva ley se destinó un capítulo específico denominado “De las medidas cautelares” (artículos 24 a 28), que detalla con mayor precisión dicha figura en sus diversos aspectos y destaca la posibilidad de que la suspensión tenga efectos restitutorios cuando, “tratándose de situaciones jurídicas duraderas, se produzcan daños substanciales al actor o una lesión importante del derecho que pretende, por el simple transcurso del tiempo” (artículo 26 de la ley).

A. La suspensión en el proceso ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA)

La competencia del TFJFA está prevista en el artículo 11 de su Ley Orgánica, y es sumamente amplia pues abarca, entre otros, actos de las autoridades hacendarias federales y de autoridades administrativas federales en general que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, y también respecto de las que decidan los recursos administrativos. El Código Fiscal de la Federación de 1981, con numerosas reformas en la actualidad, provee las reglas del proceso ante dicho Tribunal en todos los juicios de que es competente, siendo supletorio en todo caso el Código Federal de Procedimientos Civiles (artículo 197).

En el Código Fiscal de la Federación (CFF), el artículo 208-bis proporciona el marco de la suspensión en el proceso contencioso administrativo. Los puntos relevantes sobre medida cautelar son los siguientes:

Debe ser solicitada por escrito, ya sea en la propia demanda o en cualquier tiempo antes de que se dicte sentencia ante la sala que conozca del asunto.

Al momento mismo de acordar acerca de la solicitud es posible que el órgano jurisdiccional pueda decretar la suspensión provisional de la ejecución, decisión que no admite recurso alguno. Por lo que respecta a la suspensión definitiva, ésta debe ser concedida o negada en un máximo de cinco días.

El único motivo de negativa previsto es que la ejecución o inejecución del acto impugnado pueda ocasionar perjuicios al interés general. Si los daños o perjuicios eventuales son a terceros, se puede conceder la medida solicitada siempre que se otorgue garantía bastante para reparar el daño o indemnizar por los perjuicios que con ello pudieran causar si no se obtiene sentencia favorable en el juicio de nulidad.

Si se trata de un asunto relacionado con el cobro de contribuciones, sólo puede obtenerse la medida previo depósito de la cantidad que se adeude ante la Tesorería de la Federación o de la Entidad Federativa que corresponda. No obstante, dicho depósito no se exigirá cuando se trate del cobro de sumas que excedan de la posibilidad del actor según apreciación del magistrado, o cuando previamente se haya constituido la garantía del interés fiscal ante la autoridad exactora, o cuando se trate de persona distinta del causante obligado directamente al pago; en este último caso, debe asegurarse el interés fiscal por cualquiera de los medios de garantía permitidos por las leyes fiscales aplicables.

Es posible modificar la suspensión otorgada, mientras no se dicte sentencia, ya sea que se haya negado o concedido, cuando ocurra un hecho superveniente que lo justifique.

B. La suspensión en el proceso ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal (TCADF)

El proceso ante el TCADF está regulado por la ley que le dio origen, misma que es más abundante y detallada en su regulación de la suspensión que a nivel federal. La suspensión está prevista en los artículos 58 a 63 y, además, en ciertos casos, hay que acudir a la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal, como veremos más adelante.

Los aspectos sobresalientes del marco de la suspensión en el proceso ante el TCADF, son los siguientes:

El actor en el juicio puede solicitar por escrito la suspensión en cualquier etapa del juicio, misma que tendrá por efecto evitar que se ejecute la resolución impugnada.

Dicha medida es solicitada al magistrado instructor, quien debe a su vez pedirla al presidente de la sala, único que puede acordar la suspensión, para lo cual este último cuanta con veinticuatro horas una vez que se verificó la existencia y autenticidad del acto que se impugna y, en su caso, luego de la llamada consulta ciudadana.

Para determinar si procede o no otorgar la suspensión, se debe verificar que con la misma no se afecten los derechos de terceros o el interés social, en el primer caso sólo se concederá si el actor otorga garantía bastante para reparar el daño e indemnizar los perjuicios que con aquélla se causaren, si no obtiene sentencia favorable en el juicio. Si los daños al tercero no fueren estimables en dinero la garantía será fijada de manera discrecional por el presidente de la sala.

En este mismo supuesto, una vez otorgada la suspensión, puede quedar sin efecto si el tercero da a su vez caución bastante para restituir las cosas al estado que guardaban antes de la violación y pagar los daños y perjuicios que sobrevengan al actor, en el caso de que éste obtenga sentencia favorable. Dicha caución no se exige en los supuestos en que la suspensión afecte al interés social. En todas las hipótesis ya señaladas, hay posibilidad de inconformarse vía el recurso de reclamación ante la sala que conozca del asunto.

Por otra parte, si se trata de afectaciones al interés social, la suspensión no se otorgará, así como tampoco si se contravinieren disposiciones de orden público o se dejare sin materia el juicio.

En el caso de multas, impuestos, derechos o cualquier otro crédito fiscal, se concederá la suspensión si quien la solicita garantiza su importe ante la Tesorería del Distrito Federal, a través de depósito en efectivo, billete de depósito, prenda o hipoteca, embargo de bienes o fianza. Si la suspensión fue concedida y la garantía no se otorga en los cinco días siguientes en que quede notificado el auto que la hubiere concedido, la suspensión dejará de surtir efectos.

Una vez acordada la medida se hace del conocimiento inmediato de las autoridades demandadas para su cumplimiento. Sin embargo, hay posibilidad de revocar la suspensión por el presidente de la sala en cualquier etapa del juicio, si varían las condiciones por las cuales se otorgó.

Existen reglas adicionales que permiten apreciar cómo se aparta la suspensión ante el TCADF respecto de la regulación a nivel federal, entre tales reglas se encuentran las siguientes:

Cuando los actos impugnados hayan sido ejecutados y esto impida a los demandantes el ejercicio de su única actividad de subsistencia o el acceso a su domicilio particular, pueden decretarse por el presidente de la sala las medidas cautelares necesarias para preservar dicho medio de subsistencia, siempre y cuando dicha actividad constituya su único medio de subsistencia, lo cual exige la ley que debe ser comprobado fehacientemente.

En el caso de actividades reguladas, que requieran de concesión, licencia, permiso, autorización o aviso y el actor no exhiba dicho documental, no se otorgará la suspensión que permita continuar con dicha actividad hasta en tanto se resuelve el fondo del proceso.

Excepcionalmente, bajo su más estricta responsabilidad el presidente de la sala podrá acordar la suspensión con efectos restitutorios, en cualquiera de las fases del procedimiento hasta antes de la sentencia respectiva.

Una de las reglas innovadoras es tal vez la alusión al requisito de consulta ciudadana, previo a la determinación sobre la concesión o no de la suspensión por parte del presidente de la sala; para la adecuada dimensión de la satisfacción de dicho requisito hay que acudir a la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal de 1998. Dicha ley prevé los casos y la manera de llevar a cabo la llamada *consulta vecinal*, a través de la cual “los vecinos de las demarcaciones territoriales podrán emitir opiniones y formular propuestas de solución a problemas colectivos del lugar donde residan” (artículos 45 a 49).

Para realizar la consulta, se lleva a cabo una convocatoria que puede ser hecha por los titulares de las dependencias, órganos político administrativos de las demarcaciones territoriales y órganos desconcentrados de la administración pública del Distrito Federal, al menos siete días naturales antes de la fecha prevista. La consulta puede ser realizada por diversos medios, ya sea en forma directa, de encuestas u otros; tanto el procedimiento como la metodología deben ser hechos del conocimiento público.

Por último, hay que señalar que los resultados de la consulta llevada a cabo se difundirán, pero “no tendrán carácter vinculatorio y serán elementos de juicio para el ejercicio de las funciones del convocante” (artículo 49). De lo anterior se deriva que, respecto a la suspensión en el proceso ante el TCADF, el resultado de la consulta no es determinante o vinculante para los efectos de conceder o no la medida cautelar.

C. La suspensión en el amparo

Como analizamos en su oportunidad, los dos tipos de tramitación del amparo tienen incidencia en el ámbito administrativo; tratándose del amparo de doble instancia, sólo tiene cabida a manera de contencioso administrativo, en casos de actos que no son susceptibles de ser llevados ante los tribunales de ese tipo. No obstante, el amparo-casación es relevante cuando se impugnan las sentencias o resoluciones que pongan fin al juicio emitidas por los mencionados tribunales de lo contencioso administrativo.

En ambos casos tienen cabida las medidas cautelares,⁶⁷ pero para efectos de nuestro trabajo únicamente nos concentraremos en las que pueden dictar los jueces de distrito en los casos cada vez más excepcionales que conozcan de manera inmediata de la impugnación de los actos y omisiones de las autoridades administrativas. La suspensión de los actos reclamados vía amparo es relevante pues ha servido de modelo a la que llevan a cabo los tribunales de lo contencioso administrativo en México y, de este modo, ha marcado una especie de paradigma a este respecto, sin que ello signifique que es una institución acabada o siquiera ajustada a estándares modernos.

⁶⁷ En el caso del amparo casación, la autoridad competente para decidir sobre la suspensión es aquella señalada como responsable, esto es, el juez o tribunal que corresponda (véase artículo 170 de la Ley de Amparo).

En el caso del amparo, la suspensión tiene como fundamento constitucional el artículo 107, fracción X, que establece:

Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones y garantías que determine la ley, para lo cual se tomará en cuenta la naturaleza de la violación alegada, la dificultad de reparación de los daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con su ejecución, los que la suspensión origine a terceros perjudicados y el interés público.

De igual forma, la Constitución vigente también hace alusión a las consecuencias de que la autoridad no cumpla con la suspensión en la fracción XVII del artículo 107, que señala:

La autoridad responsable será consignada a la autoridad correspondiente, cuando no suspenda el acto reclamado debiendo hacerlo, y cuando admita fianza que resulte ilusoria o insuficiente, siendo en estos dos últimos casos solidaria la responsabilidad civil de la autoridad con el que ofreciere la fianza y el que la prestare.

La Ley de Amparo regula lo relativo a la suspensión en el amparo indirecto en los artículos 122 a 144. Dicha medida puede adquirir diversas modalidades, según sea de oficio, que a su vez puede ser de plano, o a petición de parte.

La suspensión de oficio tiene lugar cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, deportación o destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal —entre otras, las penas de mutilación y de infamia; la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes, o cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales—. Asimismo, dicho tipo de suspensión también tiene lugar cuando se trate de actos que, de llegar a consumarse, hicieran *físicamente imposible* restituir al quejoso en el goce de la garantía individual reclamada.

En estos casos la suspensión se concede al admitir la demanda no sólo de oficio, sino sin tramitación alguna, esto es, de plano. Los efectos de la suspensión pueden ser, en el primer tipo de casos, que éstos cesen y, si se trata de los actos que de llegar a consumarse harían *físicamente imposible* restituir al quejoso en el goce del derecho reclamado, el efecto es que las cosas se mantengan en el estado que guarden, tomando el juez las medidas pertinentes para evitar la consumación de los actos que se reclaman.

En los casos que no den lugar a la suspensión de oficio, por exclusión es posible solicitar la suspensión a petición de parte. Los requisitos para que ésta pueda ser decretada son:

I. Que la solicite el agraviado.

II. Que no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público.

Se considerará, entre otros casos, que si se siguen esos perjuicios o se realizan esas contravenciones, cuando, de concederse la suspensión:

a) Se continúe el funcionamiento de centros de vicio, de lenocinios;

b) La producción y el comercio de drogas enervantes;

c) Se permita la consumación o continuación de delitos o de sus efectos;

d) Se permita el alza de precios con relación a artículos de primera necesidad o bien de consumo necesario;

e) Se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave, el peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país;

f) Se impida la ejecución de la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenen al individuo o degeneren la raza;

g) Se permita el incumplimiento de las órdenes militares;

III. Que sean de *difícil reparación los daños y perjuicios* que se causen al agraviado con la ejecución del acto.

La Ley de Amparo da pie a otra modalidad procesal dentro del marco de la suspensión a petición de parte, que es la de la *suspensión provisional* del acto reclamado, que puede ser dictada por el juez de distrito con la sola presentación de la demanda cuando existiere peligro inminente de que se ejecute el acto reclamado con notorios perjuicios para el quejoso. En estos casos el juez tiene facultades para:

1) Ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guarden hasta que se notifique a la autoridad responsable la resolución que se dicte sobre la suspensión definitiva, a la que se arriba luego de tramitada la petición por vía incidental.

2) Tomar las medidas que estime convenientes para que no se defrauden derechos de tercero y se eviten perjuicios a los interesados, hasta donde sea posible.

3) Tomar las medidas que fueren procedentes para el aseguramiento del quejoso, si se tratare de la garantía de la libertad personal.

Cuando se trate de actos que afecten a la libertad personal fuera de procedimiento judicial el juez de distrito siempre concederá la suspensión provisional, tomando las medidas anteriores.

Los efectos de la suspensión a petición de parte consisten en que queda fijada judicialmente la situación en que habrán de quedar las cosas y adoptadas las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio.

Si se trata de actos que afecten la libertad personal, de concederse la suspensión provisional, ésta surtirá los efectos siguientes:

- 1) El quejoso quede a disposición de la autoridad que la haya concedido;
- 2) Bajo la responsabilidad de la autoridad ejecutora;
- 3) Sin perjuicio de que pueda ser puesto en libertad caucional, si procediere, bajo la más estricta responsabilidad del juez de distrito, quien tomará, además, en todo caso, las medidas de aseguramiento que estime pertinentes.

Cuando se trate de casos en que puedan ser ocasionados daños o perjuicios a un tercero, para efectos de conceder o no la suspensión, el juez de distrito fijará al quejoso una garantía bastante para reparar el daño e indemnizar los perjuicios que se causaron con la suspensión, si no obtiene sentencia favorable en el juicio de amparo. Si la afectación no es estimable en dinero, la autoridad que conozca del amparo fijará discrecionalmente el importe de la garantía.

En este mismo supuesto, la suspensión concedida puede quedar sin efecto si el tercero, a su vez, da caución suficiente: *a)* para restituir las cosas al estado que guardaban antes de la violación de garantías y *b)* pagar los daños y perjuicios que sobrevengan al quejoso, en el caso de que se le conceda el amparo. La contrafianza no debe ser admitida, si pudiera quedar sin materia el amparo al ser ejecutado el acto reclamado, o si la afectación que éste pudiera provocar no es estimable en dinero.

Otro de los supuestos previstos por la Ley de Amparo es la suspensión contra el cobro de contribuciones, misma que el juez podrá conceder discrecionalmente, pero en todo caso surtirá efectos si se deposita la cantidad que se cobra ante la Tesorería de la Federación o la de la entidad federativa o municipio que corresponda.

El depósito no se exigirá:

- a) Cuando se trate del cobro de sumas que excedan de la posibilidad del quejoso, según apreciación del juez, o
- b) Cuando previamente se haya constituido la garantía del interés fiscal ante la autoridad exactora, o
- c) Cuando se trate de persona distinta del causante obligado directamente al pago. En este caso, se asegurará el interés fiscal por cualquiera de los medios de garantía permitidos por las leyes fiscales aplicables.

La suspensión de oficio o a petición de parte dura en sus efectos hasta en tanto es decidido el amparo en el fondo o terminada su tramitación, pero esto no es obstáculo para que pueda ser modificada si las circunstancias que la originaron cambian.

D. Aportaciones de algunas jurisprudencias recientes en materia de suspensión en el amparo

Como puede apreciarse del desarrollo que presentamos sobre la suspensión en el amparo, la conservación de la materia del proceso y el *periculum in mora* parecen ser los faros que guiaron en mayor medida al legislador, pero no se observa una construcción a partir del *fumus boni iuris*, que permita inclusive adelantar los efectos del fallo de fondo a quien derive un mejor derecho a partir de un previo análisis.

No obstante lo anterior, los precedentes de los tribunales federales arrojan algo a este respecto, según se puede apreciar, por ejemplo, en la jurisprudencia bajo el rubro “SUSPENSIÓN. PARA RESOLVER SOBRE ELLA ES FACTIBLE, SIN DEJAR DE OBSERVAR LOS REQUISITOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 124 DE LA LEY DE AMPARO, HACE UNA APRECIACIÓN DE CARÁCTER PROVISIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL RECLAMO”,⁶⁸ en la que se afirma:

La suspensión de los actos reclamados participa de la naturaleza de una medida cautelar, cuyos presupuestos son la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora. El primero de ellos se basa en un conocimiento

⁶⁸ Novena época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. III, abril de 1996, tesis P./J. 15/96, p. 16. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el 8 de abril de 1996 aprobó, con el número 15/1996, la tesis de jurisprudencia que antecede.

superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso. Dicho requisito aplicado a la suspensión de los actos reclamados, implica que, para la concesión de la medida, sin dejar de observar los requisitos contenidos en el artículo 124 de la Ley de Amparo, basta la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el quejoso, de modo tal que, según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en la sentencia de amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado. Ese examen encuentra además fundamento en el artículo 107, fracción X, constitucional, en cuanto establece que para el otorgamiento de la medida suspensiva deberá tomarse en cuenta, entre otros factores, la naturaleza de la violación alegada, lo que implica que debe atenderse al derecho que se dice violado. Esto es, el examen de la naturaleza de la violación alegada no sólo comprende el concepto de violación aducido por el quejoso sino que implica también el hecho o acto que entraña la violación, considerando sus características y su trascendencia. En todo caso dicho análisis debe realizarse, sin prejuzgar sobre la certeza del derecho, es decir, sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos reclamados, ya que esto sólo puede determinarse en la sentencia de amparo con base en un procedimiento más amplio y con mayor información, teniendo en cuenta siempre que la determinación tomada en relación con la suspensión no debe influir en la sentencia de fondo, toda vez que aquélla sólo tiene el carácter de provisional y se funda en meras hipótesis, y no en la certeza de la existencia de las pretensiones, en el entendido de que deberá sopesarse con los otros elementos requeridos para la suspensión, porque si el perjuicio al interés social o al orden público es mayor a los daños y perjuicios de difícil reparación que pueda sufrir el quejoso, deberá negarse la suspensión solicitada, ya que la preservación del orden público o del interés de la sociedad están por encima del interés particular afectado. Con este proceder, se evita el exceso en el examen que realice el juzgador, el cual siempre quedará sujeto a las reglas que rigen en materia de suspensión.

Otra jurisprudencia en el mismo sentido que la anterior establece como rubro “SUSPENSIÓN. PROCEDENCIA EN LOS CASOS DE CLAUSURA EJECUTADA POR TIEMPO INDEFINIDO”,⁶⁹ en cuyo texto también se hace alusión a los efectos restitutorios que en ciertos casos puede adoptar la suspensión:

El artículo 107, fracción X de la Constitución General de la República, establece como uno de los requisitos para la procedencia de la suspensión

⁶⁹ *Ibidem*, p. 36.

del acto reclamado en el amparo, el de tomar en cuenta la naturaleza de la violación alegada; esto es, el juzgador deberá realizar un juicio de probabilidad y verosimilitud del derecho del solicitante, que podrá cambiar al dictar la sentencia definitiva, pues el hecho de que anticipe la probable solución de fondo del juicio principal, es un adelanto provisional, sólo para efectos de la suspensión. Tal anticipación es posible porque la suspensión se asemeja, en el género próximo, a las medidas cautelares, aunque es evidente que está caracterizada por diferencias que la perfilan de manera singular y concreta. Sin embargo, le son aplicables las reglas de tales medidas, en lo que no se opongan a su específica naturaleza. En este aspecto cabe señalar que son dos los extremos que hay que llenar para obtener la medida cautelar: 1) Apariencia de buen derecho y 2) Peligro en la demora. La apariencia de la existencia del derecho apunta a una credibilidad objetiva y seria que descarte una pretensión manifiestamente infundada, temeraria o cuestionable, lo que se logra a través de un conocimiento superficial, dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso; el peligro en la demora consiste en la posible frustración de los derechos del pretendiente de la medida, que puede darse como consecuencia de la tardanza en el dictado de la resolución de fondo. En síntesis, la medida cautelar exige un preventivo cálculo de probabilidad sobre el peligro en la dilación, que no puede separarse de otro preventivo cálculo de probabilidad, que se hace sobre la existencia del derecho cuya tutela se solicita a los tribunales. Consecuentemente, si toda medida cautelar descansa en los principios de verosimilitud o apariencia del derecho y el peligro en la demora, el juez de distrito puede analizar esos elementos en presencia de una clausura ejecutada por tiempo indefinido, y si la provisión cautelar, como mera suspensión, es ineficaz, debe dictar medidas que implican no una restitución, sino un adelanto provisional del derecho cuestionado, para resolver posteriormente, en forma definitiva, si el acto reclamado es o no inconstitucional; así, el efecto de la suspensión será interrumpir el estado de clausura mientras se resuelve el fondo del asunto, sin perjuicio de que si se niega el amparo, porque la “apariciencia del buen derecho” sea equivocada, la autoridad pueda reanudar la clausura hasta su total cumplimiento. Lo expuesto anteriormente se sustenta en la fracción X del dispositivo constitucional citado, que establece que para conceder la suspensión deberá tomarse en cuenta la naturaleza de la violación alegada, lo que supone la necesidad de realizar un juicio de probabilidad y verosimilitud del derecho esgrimido, con miras a otorgar la medida cautelar para evitar daños y perjuicios de difícil reparación al quejoso y conservar viva la materia del juicio, si con ello no se lesionan el interés social y el orden público, lo cual podrá resolver la sen-

sibilidad del juez de distrito, ante la realidad del acto reclamado, pues si el perjuicio al interés social o al orden público es mayor a los daños y perjuicios de difícil reparación que pueda sufrir el quejoso, deberá negar la suspensión solicitada, ya que la preservación del orden público y el interés de la sociedad están por encima del interés particular afectado.

Las jurisprudencias anteriores por provenir del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y ser vinculantes significan el estándar vigente en la materia, por lo que puede afirmarse que inician una nueva etapa en la consideración de la suspensión como medida cautelar, con respecto a los elementos básicos que impulsan a éstas y además respecto a la posibilidad de que en ciertos casos tengan efectos restitutorios, con lo cual se superan criterios vigentes por décadas sobre los efectos y alcances que se limitaban como máximo a mantener las cosas en la situación que se encontraban hasta en tanto se decidiera el fondo del asunto.

Con respecto a las diversas ramas del ordenamiento estos avances son importantes, pues una de las reglas básicas del amparo de doble instancia es que puede acudir al mismo, obviándose el agotamiento previo a los recursos o medios de defensa ordinarios disponibles, si para la suspensión de los actos que se reclaman se exigen mayores requisitos que los que exige la Ley de Amparo para conceder la suspensión definitiva, independientemente de que el acto en sí mismo considerado sea o no susceptible de ser suspendido de acuerdo con esta ley (artículo 73, fracción XV).

VII. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

La figura de las medidas cautelares ha adquirido sin duda un lugar central en el delicado equilibrio entre la actividad o inactividad de la administración y los particulares. De manera que representa la manera de obtener balance en la tensión que existe entre la autotutela y la eficacia de la autoridad administrativa, por una parte, y la salvaguarda de los bienes y derechos de los particulares durante el *iter procedimental y procesal*, por la otra.

La incidencia de las medidas cautelares en el ámbito administrativo se manifiesta de diversas maneras, en algunos casos como instrumento del que puede valerse la autoridad administrativa para asegurar la eficacia de sus actos y determinaciones, que hemos denominado medidas cautelares en vía o sede administrativa; en otros como medios a dispo-

sición de los particulares en la tramitación de recursos administrativos o en sede judicial como parte de la tramitación del proceso contencioso administrativo. En el segundo caso la finalidad es conservar la materia de los recursos o el proceso, pero principalmente evitar posibles daños o perjuicios irreparables o de difícil reparación, que de consumarse hicieran prácticamente inútil e imposible de aplicar la decisión que recayera en favor del particular.

La autoridad o el órgano jurisdiccional que deba decidir sobre la concesión de las medidas debe realizar una ponderación de diversos intereses en cada caso concreto, para determinar cuál de ellos —los de la autoridad, el interés general o colectivo, el del particular afectado por los actos u omisiones de ésta, o los del tercero o terceros interesados en la subsistencia del acto administrativo— debe ceder así sea provisionalmente durante la tramitación del recurso o del proceso de que se trate y, de igual manera, prever la manera de garantizar en lo posible la reparación de los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse si la decisión de fondo no coincide con el sentido y los efectos de la decisión sobre las providencias cautelares.

La ponderación de intereses y las diversas situaciones que puede ofrecer la realidad hace necesario dotar al órgano que resuelva con un margen jurídico de decisión adecuado, así como de los medios para hacer valer sus determinaciones, pero a su vez dicho órgano debe poseer, por una parte, la sensibilidad y creatividad adecuadas para apreciar los intereses en conflicto y determinar el tipo de medidas que mejor cumplan con la finalidad de las providencias cautelares, y, por la otra, razonar de manera adecuada y suficiente sus determinaciones, cuidando de no predisponer la decisión que en el fondo deba realizar. En situaciones no previsibles de un modo completo, de antemano es preferible un mayor margen de decisión razonada a intentar que la ley prevea todas y cada una de las situaciones que pudiera presentarse; cuando se han llevado a cabo tales intentos cualquier listado resulta insuficiente y finalmente se verá rebasado en su intento.

Si comparamos la evolución de las medidas cautelares en el contencioso administrativo entre España y México, observamos una disparidad notoria en su evolución, no obstante que el modelo español ha tenido una influencia marcada en este último, motivada por el impacto de los tres siglos de dominación luego de la conquista. En efecto, basta señalar como ejemplo los cuarenta años que aproximadamente median entre la apari-

ción de las legislaciones que regulan el procedimiento administrativo unificado entre uno y otro país.

Por otra parte, mientras en España la regulación y la práctica de las medidas cautelares han caminado de la mano con los principios que tradicionalmente las han inspirado —*apariencia de buen derecho* y *peligro en la demora*—, en el caso de México es hasta hace algunos años que tales categorías están empezando a ser objeto de consideración judicial específica.

Las diversas etapas por las que transcurrió la justicia administrativa en México, así como el vacío judicial y procesal administrativo existente por décadas colmado a través del juicio de amparo, provocó que en materia de medidas cautelares en vía contencioso administrativa éste sirviera como paradigma a través de la figura conocida como suspensión del acto reclamado, que posee diversas modalidades, y que ha mantenido por años un carácter estático con relación a los efectos de la medida cautelar, pues por décadas había significado únicamente un medio para “congelar” la actividad administrativa en la etapa en la que se estuviera desarrollando, sin posibilidades de darle efectos *restitutorios* ni atender la *apariencia de buen derecho* como parámetro de decisión sobre la concesión o denegación de la suspensión.

Es hasta hace algunos años que a través de interpretación constitucional se logró derivar de la carta magna, de manera expresa, el carácter de medida cautelar de la suspensión y, por lo tanto, la utilidad de los principios de *peligro en la demora* y de *apariencia de buen derecho* para determinar la procedencia y los alcances de la suspensión, e incluso la posibilidad de darle efectos *restitutorios* provisionales en ciertos casos.

En México cabe hacer notar que la legislación que regula el contencioso administrativo en el Distrito Federal es más completa y prevé mayores supuestos que la similar que opera a nivel federal, lo que la hace en principio más operativa. Sin embargo, destacamos la llamada consulta vecinal que en ciertos casos se exige que se lleve a cabo antes de poder ser adoptada la decisión sobre la suspensión, lo cual si bien es un ejercicio para recabar el parecer *popular* sobre temas que posiblemente les afecten, no deja de ser en el fondo un ejercicio legitimador o incluso justificante de la decisión que en su momento se adopte, pero no vincula el parecer vecinal a la autoridad y, sin embargo, podría afectar la necesaria celeridad sobre la decisión oportuna de la suspensión.

Por último, consideramos que se debe seguir trabajando para brindar en la medida de lo posible pautas concretas sobre los límites del interés público o general como límite a la concesión de la suspensión, pues siguen siendo nociones ambiguas que se pueden prestar en ocasiones para encubrir verdaderas arbitrariedades en perjuicio del particular. De manera complementaria, deben seguirse buscando vías para la tramitación más ágil y eficiente, tanto de los recursos como del proceso contencioso administrativo, lo que permitiría que no se prolonguen por una parte situaciones de afectación indebida a los particulares, pero tampoco *abusos* en el ejercicio de derechos cuestionables por parte de éstos. Asimismo, consideramos que dado el *parentesco* existente entre el modelo español y el mexicano, es importante seguir profundizando en los paralelismos, las asimetrías y las experiencias comunes para beneficio y mejoramiento de sus respectivas instituciones.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Mariano, *La nueva tutela cautelar*, Madrid, Marcial Pons, 1999.
- BREWER-CARIAS, Alan R., *Principios del procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 1990.
- CARRILLO FLORES, Antonio, *Estudios de derecho administrativo y constitucional*, México, UNAM, 1987.
- COLEGIO NACIONAL DE PROFESORES E INVESTIGADORES DE DERECHO FISCAL Y FINANZAS PÚBLICAS A. C., *Justicia administrativa*, México, Trillas, 1987.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Constitución y control de la actividad administrativa*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991.
- ESCUELA JUDICIAL, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa. Cuadernos de derecho judicial*, Madrid, 1999.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “El amparo mexicano en materia administrativa y la revisión fiscal”, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2003.

- , *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, El Colegio Nacional, 1983.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo*, Madrid, Civitas, 1992.
- y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de derecho administrativo I*, Madrid, Civitas, 2002.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de procedimiento administrativo*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2002.
- y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992 del 26 de noviembre)*, Madrid, Civitas, 1993.
- GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, Tecnos, 1999
- MESEGUER YEBRA, Joaquín, *Las medidas provisionales en vía administrativa*, Barcelona, Bosch, 2000.
- NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho administrativo mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- OSORIO ACOSTA, Ezequiel, *La suspensión jurisdiccional del acto administrativo*, España, Instituto Canario de Administración Pública-Marcial Pons, 1995.
- ROCHA GARCÍA, Ernesto de la, *Procesos y medidas cautelares*, Granada, Comares, 1999.
- RUIZ PIÑERO, Fernando Luis, *Las medidas cautelares en la Ley 29/1998 del 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Análisis y jurisprudencia*, Navarra, Aranzadi, 2001.
- SIERRA, Susana de la, *Tutela cautelar contencioso-administrativa y derecho europeo*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2004.
- VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, *Evolución y perspectiva de los órganos de jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, UNAM, 1991.
- VARIOS AUTORES, *El juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación*, México, Tribunal Fiscal de la Federación, 1992.