

**RÉGIMEN DE LA TUTELA JUDICIAL EN EL PROCESO  
ADMINISTRATIVO  
(Notas provisionales)**

**Prof. Dr. Manuel Ortells Ramos  
Catedrático de Derecho Procesal**

**Materiales para el curso de doctorado 2001-2002**

## **Notas sobre el régimen de la tutela judicial en el proceso administrativo**

### **Introducción**

#### **1.- Modalidades de tutela judicial, presupuestos procesales y procedimientos para el ejercicio de la potestad jurisdiccional**

El ordenamiento jurídico procesal comprende, en términos muy generales, la ordenación de tres grandes conjuntos de cuestiones:

1º) Las modalidades de tutela judicial, es decir, las diversas posibilidades de protección jurisdiccional que el ordenamiento ofrece en función de la concurrencia constatada de las condiciones a las que somete el otorgamiento de aquéllas. Tenemos, así, las modalidades de tutela admisibles en el proceso de declaración (mera declaración, condena, constitutiva), la configuración de la tutela ejecutiva (en qué supuestos procede y con qué medios jurídicos puede ser actuada) y de modo similar respecto de la tutela cautelar.

2º) Los presupuestos procesales, con las normas que conforman los requisitos de la admisibilidad del proceso en cuanto dirigido a un pronunciamiento sobre el fondo o a la realización de la actividad ejecutiva.

3º) El o los procedimientos para el ejercicio de la potestad jurisdiccional y para la realización de los actos de las partes destinados a influir sobre el ejercicio de esa potestad. Se comprenden en este conjunto el régimen de los actos singulares (requisitos y efectos) y de las conexiones entre los mismos que dan lugar a los diversos procedimientos que pueden ser legalmente previstos. En todo caso suele haber diferentes procedimientos para la tutela judicial declarativa, para la ejecutiva y para la cautelar, pero también es frecuente que para cada una de aquellas esté previsto más de un procedimiento.

Un estudio completo de la nueva ordenación del proceso contencioso-administrativo requeriría ocuparse de estos tres conjuntos de cuestiones, pero ya indico desde ahora que el curso se limitará al examen de cómo ha configurado la nueva ley las modalidades de la tutela judicial, particularmente la declarativa y la cautelar, y, en menor medida, la ejecutiva.

## **2.- Las cuestiones (diferentes) del objeto del proceso y del derecho a la tutela judicial**

Antes de entrar en el tema de nuestro curso es necesario dejar clara la distinción entre el asunto del objeto del proceso y el del derecho a la tutela judicial.

Precisamente el epígrafe del Título III de la LJCA es “Objeto del recurso contencioso-administrativo”. Hay que recordar el significado de la teoría del objeto del proceso y revisar luego el contenido de las disposiciones del citado título para determinar si se refieren sólo a esa institución procesal o también a cuestiones distintas.

### *A) Consideraciones preliminares al concepto de objeto del proceso*

En principio la expresión «objeto del proceso» tiene una variedad de significados que no todos son apropiados a su concepto técnico.

Así, en primer término, por objeto del proceso no se entiende técnicamente el fin u objetivo que persigue esta institución.

Tampoco se piensa en el significado excesivamente amplio de todo aquello sobre lo que en el proceso versan o a lo que se refieren los actos de las

partes y del juez: aquello que es materia de aportación por las partes y de tratamiento contradictorio entre las mismas y de dirección y resolución por el órgano jurisdiccional (cuestiones de naturaleza procesal, alegaciones de las partes, pruebas).

De todas las materias sobre las que versa la actividad procesal, sólo se considera objeto del proceso en sentido estricto y técnico-jurídico aquél tema o asunto jurídico fundamental sobre el que el actor pide la sentencia del juez, previa contradicción con el demandado.

Obsérvese, como fundamento de lo dicho, en primer término, que las restantes materias que podrían entrar en un sentido amplio del concepto sólo ocupan la actividad procesal en cuanto se relacionan con aquel tema o asunto jurídico fundamental: las cuestiones procesales en cuanto condicionan la admisibilidad del pronunciamiento sobre él; las alegaciones y pruebas se dirigen a obtener un pronunciamiento sobre él en un sentido o en otro.

En segundo término, al objeto del proceso está ligada una función de identificación del proceso, en su aspecto objetivo como es lógico. La determinación de lo que es objeto del proceso y de su identidad con otro objeto procesal, unida a la constatación de la identidad de las partes, tiene una serie de consecuencias de gran importancia (siguiente apartado B). Pues bien, para esa función identificadora sólo es relevante aquél tema o asunto jurídico fundamental, pero no las demás materias que en un proceso se tratan y resuelven.

Si ese tema o asunto jurídico fundamental debe entenderse como un derecho subjetivo o situación jurídica de otra clase, como la afirmación del derecho a la tutela jurisdiccional o como una pretensión procesal, es cuestión que se tratará en el siguiente apartado C.

### *B) Relevancia jurídica de la determinación del objeto del proceso*

La determinación de lo que sea el objeto del proceso es relevante para interpretar y aplicar las normas reguladoras de una larga serie de materias procesales.

Se atiende al objeto del proceso para determinar la competencia genérica de los tribunales del orden judicial contencioso-administrativo, por ser las pretensiones deducidas relativas a la actuación de las Administraciones Públicas sujeta a Derecho Administrativo, a disposiciones generales de rango

inferior a Ley y a Decretos legislativos que excedan los límites de la delegación (art. 1.1) o a otros actos y disposiciones cuyo conocimiento está también encomendado a este orden jurisdiccional (arts. 1.3 y 2). También para determinar la extensión de la jurisdicción española en el ámbito internacional en materia administrativa (art. 24 LOPJ).

La competencia objetiva, en sus dos criterios de atribución, dependen también de lo que sea objeto del proceso. Su atribución por la cuantía depende del valor del objeto, y su atribución por la materia, dejando a parte los supuestos en que también es relevante la calidad del demandado, está condicionada por la calificación jurídica de lo que sea objeto del proceso. Similarmente repercute el objeto del proceso en la determinación de cuál sea el procedimiento adecuado.

La atribución de competencia territorial también está condicionada por lo que sea objeto del proceso: principalmente se atribuye en atención a la sede del órgano que hubiera dictado la disposición o el acto originario impugnado, al que se refiere la pretensión que es objeto del proceso (art. 14).

Sin embargo, todos estos supuestos no son los más importantes, ni propiamente los específicos de aplicación de la noción de objeto del proceso, porque lo decisivo para todos ellos no es el concreto y singular objeto de un proceso determinado, sino la calificación jurídica de aquél e incluso de la relación que se alega como fundamento del mismo. En efecto, puede observarse que para objetos procesales diferentes la solución de los temas de competencia y adecuación de procedimiento es la misma, lo que revela que a estos efectos no son relevantes los elementos identificadores del objeto del proceso, sino su calificación jurídica que, pudiendo ser la misma para objetos diferentes, carece de eficacia identificadora.

La consideración del objeto del proceso a los efectos de la modificación de la demanda y de la contestación (art. 65) y de la congruencia (art. 33) ya atiende, en gran parte, a la función identificadora específica del objeto procesal. Las normas relativas a la modificación prohíben esta última respecto al objeto introducido con la demanda. La norma de congruencia prohíbe el pronunciamiento judicial sobre objeto distinto al propuesto e impone el deber de no omitir el pronunciamiento sobre él. Es, pues, necesario para su aplicación determinar qué identifica un objeto procesal y lo distingue de otro diferente. Ahora bien, estas normas tienen un alcance mayor que el apuntado respecto al objeto del proceso: también prohíben, las primeras, la modificación de las

defensas del demandado y de alegaciones del actor no identificadoras del objeto procesal y la norma de congruencia igualmente prohíbe resolver (sobre el objeto del proceso) en atención a alegaciones no identificadoras de ese objeto y que no hubieran sido formuladas por las partes, salvo que el órgano jurisdiccional someta tales cuestiones a una específica contradicción. Consecuentemente, a estos efectos es imprescindible atender al objeto del proceso, pero no basta con ello. Dicho de otro modo, son relevantes otros elementos que, sin embargo, no constituyen el objeto del proceso.

La noción de objeto del proceso demuestra su específica relevancia, con particular nitidez, en las materias de acumulación de acciones y de autos, de la litispendencia y de la cosa juzgada.

Respecto a la acumulación la noción de objeto del proceso sirve, en primer lugar, para comprobar si existen realmente diversos objetos, lo que es lógico presupuesto de cualquier acumulación, y, en segundo término, para apreciar la existencia de conexión entre los diversos objetos.

Para determinar si concurre la excepción de litispendencia es necesario aplicar la noción de objeto del proceso, pues sólo así puede saberse si el proceso posterior tiene el mismo objeto que el proceso primeramente iniciado.

Por fin, la teoría del objeto del proceso tiene también aplicación en la cosa juzgada. Para que ésta produzca sus efectos es necesario que entre el proceso que ha generado la cosa juzgada y el proceso posterior existe identidad de partes e identidad de objeto procesal.

### *C) Objeto del proceso, derecho de acción y relación jurídica material*

La teoría del objeto del proceso presenta puntos de contacto con la problemática de la acción, pero es muy importante destacar que se sitúa en una perspectiva diferente a ésta.

La relación con el problema de la acción consiste en que, de cualquier modo se conciba esta última, o bien es la propia acción lo que constituye el objeto del proceso, o bien mediante el ejercicio de la acción, interponiendo la pretensión procesal, se proporciona al proceso su objeto.

Ahora bien, la teoría del objeto del proceso se sitúa en una perspectiva diferente, porque para ella no importa en ningún caso que el actor tenga o no derecho a lo que pide, que el juez se lo conceda o deniegue, sino que

cualquiera sea el éxito que acabe por alcanzar la petición fundamental formulada por el actor, el proceso tiene y habrá tenido su objeto y en función de éste se habrán producido y se producirán todos los efectos enunciados en el apartado anterior.

a) Si se concibe la acción en términos iusprivatistas, el proceso tendrá y habrá tenido su objeto aunque el juez no le reconozca al actor el derecho a exigir algo del contrario que aquél afirmó ejercitar. Problema distinto es si una concepción iusprivatista permite o no satisfacer la necesidad de identificación del objeto del proceso, que constituye misión fundamental de la teoría sobre el mismo.

b) Si se piensa que la acción es el derecho concreto a una cierta tutela jurisdiccional, no le faltará objeto al proceso aunque el juez declare que, en el caso concreto, tal derecho no existe o no corresponde al actor. Incluso el problema de la procedencia, en un ordenamiento jurídico dado, de las diversas modalidades de tutela jurisdiccional (p. ej.: los presupuestos y el alcance de la admisión de la mera declaración, de la condena a prestación futura, de la tutela cautelar) no es problema de objeto del proceso, porque aquel problema no versa sobre lo que el actor pide, sino sobre la posibilidad de que se le conceda de acuerdo con el ordenamiento. Con el objeto del proceso sólo tiene que ver la cuestión de si la modalidad de tutela jurisdiccional pedida por el actor es o no elemento identificador del objeto procesal.

c) Por fin, si se asume un concepto abstracto del derecho de acción y, por ello, se hace necesario, para designar aquello sobre lo que el actor pide resolución, referirse a los conceptos de acción como acto o de pretensión procesal, el objeto del proceso existirá para todos los efectos que a él atañen, sean la acción o la pretensión fundadas o infundadas.

#### *D) Concepto de objeto del proceso y sentido de la expresión objeto del proceso en la LJCA*

Aun aceptada la dificultad de dar un concepto del objeto del proceso (civil de declaración), no puede eludirse el intento. A mi juicio, el concepto de pretensión procesal responde adecuadamente a ese intento. Por un lado cumple la función identificadora propia del objeto del proceso, como después veremos ampliamente. Por otro, resalta claramente la idea -ya expuesta antes- de que la noción de objeto del proceso no hace referencia a un derecho

existente del actor, sino a algo afirmado o, más precisamente, pedido o postulado por éste.

La pretensión procesal es, resaltando ahora en la definición los elementos objetivos de aquélla, la petición (dirigida a un órgano jurisdiccional y frente a otra persona) de sentencia sobre un determinado bien jurídico, para la que se invocan o alegan como fundamento unos hechos jurídicamente relevantes.

A la vista de las anteriores consideraciones, ¿puede decirse que el contenido del título III de la LJCA se refiere sólo al objeto del proceso?

Hay disposiciones que claramente versan sobre el objeto: los artículos 31 y 32 sólo en cuanto se refieren a la existencia de unas pretensiones (en cambio no en cuanto al significado que deriva del “*podrá pretender*”); el art. 33.1 (deber de congruencia como pronunciamiento limitado y correlativo a una pretensión); arts. 34 a 39 (acumulación) y 40 al 42 (determinación de cuantía).

Pero la atenta lectura del art. 31 (con su remisión implícita a los arts. 25 al 28) y del art. 32 (con sus remisiones expresas a los arts. 29 y 30), particularmente la expresión *podrá pretender* -en la que, sin duda, la expresión ya no es una simple manifestación de voluntad, sino algo dotado de cierto amparo por el ordenamiento-, denota que sea está regulando -junto con la disposición atributiva de legitimación, el art. 19- el derecho a la tutela judicial, específicamente la que se dispensa en el proceso de declaración, porque la ejecutiva y la cautelar se configuran como veremos en otras disposiciones. El objeto de la regulación de los artículos 31 y 32 (con sus remisiones) no son los aspectos relevantes para la identificación de las pretensiones procesales y las consecuencias ligadas a esa identificación, que son los temas característicos de objeto del proceso, sino los presupuestos para que la petición de tutela que se formula en la pretensión procesal sea resuelta sobre el fondo y, eventualmente, en sentido favorable al actor.

### **3.- Concepto de derecho de acción adecuado al proceso administrativo**

Las disposiciones a las que acabamos de referirnos se mueven en el campo de cuestiones del derecho a la tutela judicial, del derecho de acción. Es



conveniente, antes de entrar en el estudio más detallado de las situaciones jurídicas que configuran, plantear , en términos generales, cuál de las concepciones del derecho de acción es la más adecuada para explicar la actuación jurisdiccional del Derecho Administrativo.

Recordemos las dos principales concepciones. De un lado, el derecho de acción es considerado como derecho a que se preste por los órganos jurisdiccionales una tutela jurisdiccional concreta, que el actor ha pretendido, y cuya prestación depende de que exista y se pruebe un determinado estado de hechos extraprocesal y de las normas que configuran las clases de tutela judicial, que no coinciden con las normas de Derecho material, rectoras de las situaciones jurídicas extraprocesales. Según la otra concepción importante el derecho de acción sería un derecho a la actividad jurisdiccional referida a una pretensión planteada por el actor, que es objeto de enjuiciamiento en cuanto a su admisibilidad y a su fundamento -hechos y normas materiales conducentes a la estimación de la pretensión-.

No puede darse una única respuesta al planteamiento antes formulado. Los modos de configurar el derecho a la tutela judicial en el proceso administrativo son diversos. Además los diversos modos existentes presentan características que impiden encuadrarlos de manera segura en alguna de las concepciones del derecho de acción.

a) La acción como derecho a una tutela jurisdiccional concreta podría, de entrada, explicar adecuadamente las pretensiones que, al amparo de los arts. 31 o 32 de la LJCA, puede interponer quien sea titular de un derecho subjetivo (art. 19.1, a), porque en este supuesto la protección jurisdiccional de esa situación jurídica subjetiva depende en exclusiva de su titular, de modo que se asegura que la tutela solo tenga el fin de tutelar su interés subjetivo. No obstante, incluso lo acabado de decir debe matizarse, por que, de un lado, desde la situación legitimante del derecho subjetivo se ha podido producir la anulación jurisdiccional de un acto o disposición que no sólo afectará al titular del derecho, sino también a los derechos e intereses legítimos de otros; por otra parte la anulación ha podido fundarse en motivos no alegados por el actor (art. 33.2), de modo que éste no controla plenamente el alcance de su petición de tutela; incluso el intento de desistimiento puede ser rechazado “razonadamente cuando (el Juez o Tribunal) apreciare daño para el interés público” (art. 74.4).

b) El concepto de acción como derecho a una tutela jurisdiccional concreta es claramente inadecuado para los supuestos de acción pública, que está desligada en cuanto a su atribución subjetiva de todo vínculo de titularidad de derecho subjetivo, ni siquiera de interés legítimo, y que va funcionalmente dirigida a hacer imperar la legalidad en la materia a la que se refiera). Tampoco es apropiado al recurso de lesividad, por que la pretensión de la Administración va dirigida a la defensa del interés público, que ha fundamentado la declaración base para la revocación del acto (art. 19.2).

Tampoco lo es en los supuestos en los que está activamente legitimado el Ministerio Fiscal, dado que en tales casos su función es defender la legalidad (art. 19.1, f; art. 3.13 EOMF).

No es adecuado, en fin, para los supuestos de legitimación de las Administraciones públicas -salvo por el título de derecho subjetivo-, porque la defensa de sus competencias y de los intereses públicos por los que el ordenamiento les ha encomendado velar no es disponible para ellas.

c) La concepción del derecho a la tutela en el supuesto más frecuente de pretensiones formuladas por particulares que aducen una legitimación por interés legítimo, presenta mayor dificultad, porque tiene, por un lado, aspectos que desvinculan el otorgamiento de la tutela de su control por un interés subjetivo, y, por otro lado, aspectos que revelan el principal destino de ese derecho a la protección de un interés subjetivo.

1º) En cuanto a los aspectos de la primera clase, además de lo que ya dijimos en el anterior apartado a), resulta significativo el modo en que el ordenamiento ha organizado la realización jurisdiccional del Derecho Administrativo. No ha optado por entregar el control de esa realización de modo exclusivo y excluyente a los titulares de esa situación jurídica subjetiva que es el derecho subjetivo, de modo que, al poder ser diversas las personas con interés legítimo y con facultad para promover la anulación del acto o disposición, desaparece el monopolio de la tutela judicial que constituye índice de su principal destino a proteger un interés subjetivo, y el sistema autoriza que la pretensión de tutela no sólo afecte al que la formula, sino a otros afectados por el acto o disposición, de modo que junto a la protección de las situaciones subjetivas -y hasta con independencia de tal protección, porque pueden haber titulares de intereses legítimos que no sean actores- lo que, en todo caso, se puede conseguir es la anulación del acto o disposición no conformes a Derecho.

Es decir, el régimen de la legitimación se configura de modo más abierto, para que los efectos favorables que derivan de la ley puedan ser establecidos jurisdiccionalmente en el caso concreto con utilidad para todos los beneficiados por la ordenación legal.

Frente a esta constatación resulta excesivo sostener que la finalidad principal de la acción es la protección del interés subjetivo. Como máximo habría que decir que este modo de organizar la dispensación de la tutela coordina los fines de protección de la legalidad y de protección de los intereses subjetivos, pues no hay protección de intereses si no hay disconformidad a Derecho, ni protección de la legalidad sin lesión de un interés subjetivo.

2º) Poner de manifiesto el aspecto objetivo de la función de la potestad jurisdiccional en materia administrativa -con la excepción de los supuestos de tutela judicial de derechos subjetivos- no significa marginar el efecto jurídico de protección de situaciones jurídicas subjetivas distintas al derecho subjetivo y el sentido práctico de esta protección.

La finalidad de tutela de intereses subjetivos se pone de manifiesto en el alcance de los pronunciamientos estimatorios, en el sentido que paso a exponer.

Si se entendiera que la función de la potestad jurisdiccional en esta materia es el control de la legalidad, el juez administrativo podría limitarse a declarar nulo o anular el acto o disposición ilegal y a dejar el asunto nuevamente en manos de la Administración para que decidiera con ejercicio de sus potestades. En cambio, si se entiende que la función es de tutela de situaciones subjetivas parece que, además de lo anterior, ha de esperarse que el ordenamiento confiera potestad al órgano jurisdiccional para que determine lo correspondiente a la tutela de esas situaciones. ¿Con qué alcance?. Pocas dudas hubo en sostener que si la situación subjetiva era un derecho subjetivo -situación subjetiva con objeto bien precisado- el alcance de la tutela era todo el necesario para la satisfacción y efectividad del derecho; era el “reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma”, que los artículos 28.2 y 42 de la LJCA de 1956 reservaban para el que fundaba su legitimación en la afirmación de un derecho subjetivo.

Fuera de esta modalidad de legitimación la letra de la LJCA de 1956 no daba pie para que, tras la declaración de nulidad o la anulación del acto, el juez administrativo pudiera determinar lo que corresponde a la satisfacción del interés legítimo que, si bien se veía suficientemente tutelado con aquellos pronunciamientos si era un interés que podía ser satisfecho con la simple liberación de limitaciones o gravámenes impuestos por el acto o la disposición administrativos, no lo era cuando su satisfacción requería, adicionalmente, la realización de un acto favorable por la Administración (por ejemplo, la expedición de una licencia, de una autorización). La construcción del derecho reaccional<sup>1</sup> permitió que también en los supuestos de legitimación por interés legítimo se pudiera obtener el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y medidas para su restablecimiento. En la nueva LJCA esto tiene reconocimiento legal expreso, porque el artículo 31 ya no distingue entre las peticiones de quien aduce una legitimación por titularidad de un derecho subjetivo o por titularidad de un interés legítimo.

d) En esta materia no se puede llegar a conclusiones tajantes en todos los supuestos.

Las matizaciones favorables a la finalidad de protección de la legalidad, presentes incluso si la legitimación se funda en un derecho subjetivo (véase el anterior apartado a), y la expresa determinación de la nueva LJCA de que los pronunciamientos de estimación de pretensiones de reconocimiento de una situación jurídica individualizada y su restablecimiento sólo producirán efectos entre las partes (art. 72.3), permiten, no obstante, establecer alguna conclusión segura.

El concepto de acción adecuado para el proceso administrativo no depende, o no depende sólo, de la clase de legitimación, sino, principalmente, de que la finalidad de la acción sea la declaración de nulidad o la anulación de un acto o disposición administrativa o el reconocimiento de una situación jurídica individualizada.

Para la primera finalidad el ordenamiento admite la legitimación por interés jurídico, que abre más amplias posibilidades de control jurisdiccional que si la legitimación se hubiera limitado a la titularidad de derechos subjetivos, y confiere al órgano jurisdiccional las potestades del artículo 33. 2

---

<sup>1</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Sobre los derechos públicos subjetivos*, REDA, 1975, núm. 4, páginas 427-446.

y 3, que posibilitan apreciar cualquier motivo que pueda fundar la disconformidad con el ordenamiento.

Para la segunda finalidad -reconocimiento de una situación jurídica individualizada y restablecimiento de la misma- no se establecen las anteriores disposiciones y sólo el titular de tal situación puede pretender la correspondiente tutela (art. 72.3 a contrario), de modo que la clara presencia de facultades de disposición del titular de la situación, justifica, en buena medida, la explicación teórica de el derecho de acción como derecho a una tutela jurisdiccional concreta.

## **Parte primera**

### **Las clases de tutela judicial que pueden pretenderse en el proceso de declaración y sus presupuestos**

#### **1.- Introducción**

Las conclusiones derivadas de la concepción de la acción en el proceso administrativo deberían tener consecuencias en la sistematización de la materia que vamos a tratar. Una concepción de la acción como derecho a una tutela concreta llevaría a hablar de condiciones o requisitos de la acción. Fuera de esa calificación se puede hablar de requisitos normativos para el éxito de la pretensión procesal, o de presupuestos normativos de la sentencia favorable.

Las denominaciones de aquellas condiciones, presupuestos o requisitos no es importante, aunque sí lo es la cuestión de la naturaleza jurídica material o procesal de las mismas -particularmente de alguna de ellas que resulta más problemática-, siempre y cuando de esa cuestión deriven consecuencias en la aplicación práctica de las normas.

Sí que es, en cambio, digno de ser inmediatamente resaltado que la LJCA, a diferencia de otras leyes procesales, tiene una regulación sistemática de las modalidades de tutela judicial que puede ser pretendida (que es normativamente posible obtener) en el proceso de declaración y de los requisitos para su obtención (con un pronunciamiento de fondo y, eventualmente, favorable).

Las disposiciones relevantes son los arts. 31 y 32 con sus remisiones y los arts. 69, 70 y 71. Resulta muy ilustrativa su lectura sistematizada:

1º) El demandante (no cualquier persona, sino el legitimado -art. 19-) podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y de las disposiciones susceptibles de impugnación (que se indican en los arts. 25, 26 y 28). Si su pretensión es admisible (art. 69), será estimada si la disposición o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder (art. 70. 2) y, en tal caso, se declarara su disconformidad a Derecho y serán anulados en la medida de tal disconformidad.

2º) El demandante también podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de medidas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de daños y perjuicios, cuando proceda (art. 31. 2). Si el recurso fuera estimado (por tanto, presupuesto lo dicho antes en el apartado 1º) y esta pretensión se hubiera formulado, se reconocerá la situación jurídica (según la legitimación hecha valer -art. 19-) y se adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, que pueden consistir en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, pero no en determinar la redacción de una disposición general, ni en determinar el contenido discrecional del acto administrativo que deba dictarse (art. 71.1, b, c y d). Si se pretendió la indemnización de daños y perjuicios, se declarará el derecho a indemnización y el obligado y, en su caso, la cuantía (art. 71.1, d).

3º) El demandante (legitimado), en el supuesto de inactividad de la Administración que tipifica el art. 29 -por tanto no en otros casos de inactividad- puede pretender que se condene a la Administración al cumplimiento de las obligaciones establecidas del modo que se indica en la norma tipificadora (art. 32). Si su pretensión es admisible (art. 69), será estimada si la actuación de Administración consistente en la inactividad incurriera en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder (art. 70. 2). En tal caso dispondrá que se modifique la actuación (se realice la actividad debida) y adoptará las medidas necesarias para ello, que pueden consistir en la emisión de un acto o en la práctica de un actuación, para lo que puede fijar plazo (art. 71.1, b y c).

4º) El demandante (legitimado) puede pretender que se declare que la cierta actuación de la Administración es constitutiva de vía de hecho y, consiguientemente que se la condene a abstenerse de dicha actuación (art. 32.2). Si su pretensión es admisible (art. 69) será estimada si la actuación de referencia constituye vía de hecho (la regla del art. 70 no es aquí de estricta aplicación como se explicará) y, en tal caso, dispondrá que cese la misma (art. 71.1, a). En esta modalidad de tutela el demandante también puede interponer las pretensiones a las que nos hemos referido en el apartado 2º (art. 32. 22).

Se trata, en los apartados siguientes, de analizar estas configuraciones legales de la tutela judicial en el proceso de declaración. En este análisis se prescindirá de los presupuestos genéricos de admisibilidad del pronunciamiento sobre las pretensiones (jurisdicción, competencia, capacidad de las partes, inexistencia de litispendencia y de cosa juzgada), para centrarlo

en el examen de los presupuestos específicos (de admisión y de estimación) de cada modalidad de tutela y en el objeto de cada una de ellas -es decir: en qué consiste la tutela judicial otorgable si se dan los presupuestos-.

## **2.- La pretensión de anulación de un acto administrativo expreso o presunto y las pretensiones respecto a las consecuencias derivadas de la anulación**

El art. 31 LJCA se refiere de un modo aparentemente enrevesado a esta primera modalidad de tutela que puede ser pretendida. Menciona, por una parte, el pronunciamiento sobre la conformidad a Derecho y, en su caso (es decir: si no hay tal conformidad), la anulación, y, por otra parte, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y las adopción de medidas, sea para su restablecimiento, sea, en su defecto, para su reparación por equivalente.

Facilita su comprensión técnico-procesal pensar en las pretensiones constitutivas negativas y en las declarativas negativas que pueden ser hechas valer en un proceso civil. Por regla generalísima estas pretensiones no suelen interponerse aisladamente, sino que, como la eficacia de extinción de los efectos del acto o del negocio jurídico (ligada a la estimación de la acción constitutiva) o de clarificación en sentido negativo de la inexistencia de un acto o negocio aparente (ligada a la estimación de la acción mero declarativa), determina o puede determinar el nacimiento o la certeza de diversas obligaciones de restitución a un estado material o jurídico anterior o de resarcimiento por equivalente, se formulan también, en acumulación eventual, las pretensiones de condena necesarias para la efectividad de las obligaciones citadas.

En los supuestos de inexistencia y de nulidad contractual se ha generado una apariencia jurídica que puede ser eliminada con una acción meramente declarativa, y, además, si se han producido traslaciones patrimoniales no fundadas jurídicamente, se impone la reintegración a la situación anterior (arts. 1303 y 1305 CC). En supuestos de anulación, si la acción tiene éxito, además de la anulación de contrato con efectos *ex tunc*, se deben reintegrar las cosas a la situación anterior a la celebración del contrato, lo que se concreta en las restituciones previstas en los artículos 1303, 1307 y



1308 CC <sup>2</sup>. Para esa reintegración se establecen las correspondientes acciones restitutorias y reivindicatorias <sup>3</sup>.

Otra referencia adecuada la constituyen los procesos matrimoniales en los que junto a las pretensiones principales -dirigidas a obtener la declaración judicial constitutiva del cambio jurídico en el estado civil- y las pretensiones relativas a las llamadas medidas definitivas -nuevo estatuto jurídico de las relaciones patrimoniales y paterno-filiales de los cónyuges o ex-cónyuges- que deben ser necesariamente acumuladas a las pretensiones principales <sup>4</sup>.

Esa estructura de dos pretensiones acumuladas no es necesaria si la conducta que genera necesidad de tutela judicial no es un acto jurídico o un negocio jurídico al que el Derecho anuda unos efectos jurídicos y que tiene una apariencia de validez y eficacia, que es necesario quebrar de modo previo a obtener otros resultados que interesan, sino un simple comportamiento material de lesión de un derecho de la personalidad, de obligación o de naturaleza real, o de una posición jurídica subjetiva que no sea exactamente derecho pero cuya protección el Derecho establezca. En estos últimos supuestos la tutela judicial se configura estableciendo directamente una acción de condena.

En materia de Derecho Administrativo, dado que las Administraciones Públicas tienen dispuesto por el ordenamiento actuar una buena parte de sus potestades mediante declaraciones formalizadas en actos administrativos - que, además, según el art. 57.2 LRJAPPAC “se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten”, y, según el art. 56 de la misma Ley, “serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley”-, la ordenación de la tutela jurisdiccional responde al modelo de las acciones constitutivas y declarativas ambas de carácter negativo. Por otra parte, la evolución de la tutela judicial frente a la Administración, en una prolongadísima historia con gran variedad de factores incidentes, ha ido conduciendo a técnicas para satisfacer la misma necesidad práctica a la que, en el caso de las acciones constitutivas y declarativas negativas en materia

---

<sup>2</sup> GARCÍA AMIGO, M., Lecciones de Derecho Civil, II, Madrid, 1995, páginas 403-404, 410.

<sup>3</sup> LÓPEZ DE HEREDIA, C., La nulidad contractual. Consecuencias, Valencia, 1995, páginas 259 y siguientes.

<sup>4</sup> VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., Las medidas y los efectos en los procesos matrimoniales, páginas 7-30.

civil, atiende la acumulación de las pretensiones relativas a las consecuencias derivadas de la constitución extintiva o de la declaración negativa. Ese es el sentido del reconocimiento de una situación jurídica individualizada y las medidas para su restablecimiento *in natura* o por equivalente. Ambas cosas han de ser objeto de pretensión por la parte o partes actoras, sobre la que el juez resolverá con atención, entre otras cosas, a la posición legitimante que éstas hayan hecho valer y que prueben que concurre en ellas. No veo que la ordenación del proceso administrativo tolere que el juez decida de oficio sobre las consecuencias accesorias o respondiendo a una pretensión de parte simplemente aparente, como es aquélla de pedir que el órgano jurisdiccional decida lo que estime justo. De los artículos 31 y 33 de la LJCA se deduce con claridad que la parte actora ha de pretender, y que el juez ha de resolver de modo congruente con la pretensión, salvo las excepciones que el propio art. 33 establece. Hacerlo así garantiza el pleno respeto al principio de contradicción, esencial en el momento de la impartición de la tutela judicial declarativa, por eso su más amplia y cuidadosa vigencia se produce en la ordenación del proceso de declaración; sin la carga de la pretensión y el deber de congruencia respecto a ella, o bien el actor habría de perder oportunidades de tutela (porque al no habérselas pedido al juez, éste no se las podrá conceder en la sentencia) o bien habría que integrar los pronunciamientos durante la actividad ejecutiva, no sólo en contra de la funcionalidad propia de tal actividad procesal, sino también con riesgo para los afectados por los pronunciamientos complementarios que carecerían de posibilidades de contradicción o las tendrían mermadas respecto de las disponibles en el proceso de declaración.

Ahora vamos a analizar la estructura de las diferentes pretensiones y los problemas que plantea su expectativa de estimación.

*A) La pretensión de anulación de actos administrativos aisladamente considerada*

El art. 31.1 se refiere a la anulación como efecto consiguiente a la constatación de la disconformidad del acto con el ordenamiento jurídico. Ahora bien debe meditar sobre si esta pretensión es constitutiva o meramente declarativa o si es de una o de otra naturaleza en atención a la causa de la impugnación. Los actos administrativos pueden presentar dos modalidades de invalidez: la nulidad absoluta o de pleno derecho, si están afectados por las causas de invalidez previstas en el art. 62 LRJAPPAC; la anulabilidad si les afectan las causas del art. 63 de la misma Ley. Cada clase

de invalidez tiene sus características propias. Principalmente el acto nulo carece *ab initio* de los requisitos necesarios para la validez, no es convalidable (art. 67 LRJAPPAC) y no hay norma de prescripción que excluya la apreciación del vicio correspondiente. En los supuestos de anulabilidad existe un derecho potestativo a excluir la validez, cuya falta de ejercicio en las condiciones legales conduce a que el acto deba ser tenido por válido. Lo anterior conduce a la conclusión de que la pretensión ha de considerarse meramente declarativa de la nulidad del acto en los supuestos de nulidad absoluta, y constitutiva de anulación si se aducen causas de anulabilidad.

La pretensión procesal de anulación es esencialmente adecuada si la necesidad de tutela jurídica viene determinada por la emisión de un acto administrativo de gravamen, dado que su declaración de nulidad o su anulación satisface la necesidad de tutela, en su caso con el complemento de la tutela de condena para reparación del daño causado. Es una modalidad de tutela que sirve como defensa frente a las potestades administrativas que van dirigidas a producir injerencias en la esfera jurídica de las personas.

Ahora bien, el ordenamiento administrativo contiene igualmente preceptos favorables a las personas y confiere a las Administraciones públicas las potestades necesarias para hacerlos efectivos. Si estas potestades no son ejercidas o no lo son en el sentido favorable que corresponde si concurren los presupuestos de las normas que las atribuyen, la necesidad de tutela jurídica que en tales supuestos se manifiesta no parece que pueda ser satisfecha mediante una pretensión procesal de carácter impugnativo, sino que se requiere una pretensión cuya estimación comporte que el órgano jurisdiccional imponga a la Administración la adopción de un acto favorable.

Sin embargo la tutela judicial en la clase de supuestos que ahora consideramos no se organiza del modo que acabo de apuntar. Al menos como regla general y salvo la excepción más clara de la modalidad de tutela prevista en el art. 29, que se estudia más adelante como pretensión procesal de condena a prestación. Por regla general la tutela judicial en esta clase de supuestos se organiza también según el modelo de la pretensión procesal impugnativa. El ajuste a este modelo es fácil si la Administración ha dictado acto denegatorio. Pero como este acto no es imprescindible para que surja la necesidad de tutela jurídica, sino que basta con la omisión del acto favorable, la conservación de aquel modelo requiere, por un lado, establecer la carga de instar de la Administración el acto favorable, y, por otro, establecer, para el

caso de que la Administración no deniegue expresamente aquel acto, una técnica que establezca con claridad la situación de necesidad de tutela jurídica. Esa técnica es el silencio administrativo <sup>5</sup>.

La explicación de por qué se aplica el modelo de pretensión procesal impugnativa incluso en los supuestos de necesidad de tutela jurídica determinada por omisión de un acto favorable, puede estar en cierto mimetismo respecto de la organización de la tutela judicial frente a actos de gravamen, que tuvo gran importancia en los orígenes del control jurisdiccional de la actividad administrativa, cuya principal función era entonces limitadora de derechos y otras situaciones subjetivas, y no de prestación de servicios. También en la conveniencia de que la Administración pueda exponer los motivos de su decisión antes de la iniciación del proceso. La explicación más plausible radica en que si se ostenta una posición favorable en el ordenamiento administrativo puede ser adicionalmente necesario, para su plena eficacia jurídica, un acto administrativo en el que se determine si se ostenta tal posición y cuál es su contenido, acto en el que se ejercitan potestades administrativas de diversa intensidad (potestades discrecionales, de apreciación y aplicación de conceptos indeterminados, de mera constatación de datos). Los tribunales no tienen atribuidas estas potestades, sino la de enjuiciar su ejercicio (o su no ejercicio) con arreglo a Derecho. A la necesidad de un acto previo de la Administración o de una técnica sustitutiva del mismo, se unen las dificultades -en ocasiones debidas a una práctica rutinaria, en otras a justificados problemas jurídicos- para llegar a pronunciamientos jurisdiccionales que impongan a la Administración la emisión de actos con un preciso contenido, mientras que es más llano alcanzar pronunciamientos sobre la no conformidad a Derecho de la decisión adoptada por la Administración y, en la medida en que jurisdiccionalmente se entiendan fundados, otros pronunciamientos en sentido positivo sobre cual debe ser la actuación de la Administración. Además de lo que se dirá más adelante en el capítulo , esta explicación resulta avalada por los términos en los que ha sido reconocida la modalidad de tutela judicial de condena a prestación, específicamente la plena determinación de la prestación y de las personas con derecho a la misma (art. 29.1).

El éxito de esta pretensión depende de que sea admisible -es decir, de que se cumplan los requisitos para que deba ser tomada en consideración por

---

<sup>5</sup> No he consultado con detalle porque ha cambiado la norma, pero puede citarse GUILLEN PÉREZ, M.E., *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*, Madrid, 1997.

el órgano jurisdiccional- y de que sea fundada -es decir, de que se consideren, en la actividad procesal, concurrentes los requisitos para la estimación de la pretensión o concesión de lo pedido-.

*a) Requisitos de los que depende la admisibilidad de la pretensión.*

Además de los presupuestos procesales generales, a los que se hizo referencia con anterioridad, la admisión de la pretensión depende de los requisitos especiales siguientes.

*a') Actos impugnables.*

La admisión depende de que la pretensión se formule respecto de actos que reúnan las características legalmente establecidas para su impugnabilidad (arts. 51.1,c, 69,c). Como ya se ha advertido, no se trata de que tales actos sean el objeto del proceso. Objeto del proceso es la pretensión procesal y la tutela judicial dispensable u otorgable depende de esta pretensión y de lo que el ordenamiento establece en orden a su admisión y estimación. Los actos impugnables y sus características constituyen un presupuesto procesal, específicamente la configuración normativa de la llamada necesidad de tutela jurídica, de la causa objetiva y suficiente que autoriza a instar la tutela jurisdiccional mediante esta clase de pretensión procesal de declaración.

Los actos impugnables son los siguientes.

1º) Actos de las administraciones públicas expesos, definitivos -en el sentido de decisorios o resolutorios de las cuestiones suscitadas en la vía administrativa- y que pongan fin a la vía administrativa (art. 25.1).

El concepto de acto definitivo no siempre se corresponde con el acto final decisorio de un procedimiento administrativo con la estructura más simple. La depuración del concepto de acto de trámite cualificado y la consideración de la complejidad estructural de los procedimientos administrativos y de las clases de actos administrativos, conduce a problematizar la noción de actos definitivos. Hay actos definitivos de un procedimiento que no tienen contenido decisorio, sino certificativo (emisión de consultas vinculantes en materia tributaria o de certificaciones urbanísticas, actos definitivos del procedimiento para la emisión de tales actos

de información con específica eficacia) <sup>6</sup>. Hay actos definitivos por su contenido decisorio, que no son actos que cierran el correspondiente procedimiento (actos finales parciales de un procedimiento único, cada uno de los cuales va siendo definitivo de una determinada cuestión, sin que un acto final global reasuma los contenidos de los actos parciales -por ejemplo: procedimiento de expropiación: declaración de utilidad pública o interés social, acuerdo de necesidad de ocupación, acuerdo de fijación del justiprecio-; actos finales de procedimientos por fases ante diferentes administraciones públicas -los actos que cierran cada fase serán considerados definitivos si los mismos tienen contenido suficiente de decisión-; actos finales de subprocedimientos administrativos de carácter cautelar -suspensión en vía administrativa de la ejecución del acto, medidas provisionales en vía administrativa del art. 72 LRJAPPAC-; actos enlazados -por ejemplo: el permiso de investigación de recursos mineros de la sección c implica, si la investigación demuestra que existen los recursos, otorgamiento de la concesión de explotación, según art. 44 Ley de Minas; autorización para transigir o someter a arbitraje y acto de declaración de la voluntad en la transacción o el compromiso-) <sup>7</sup>

Qué actos ponen fin a la vía administrativa lo determina -directamente o por remisión- el artículo 109 LRJAPPAC, pero debe tenerse en cuenta que, con carácter previo al inicio del proceso administrativo, puede interponerse el recurso de reposición con carácter potestativo (art. 116 LRJAPPAC), salvo contra la resolución del recurso de alzada (art. 115.3 LRJAPPAC).

2º) Los actos de las Administraciones Públicas definitivos, que pongan fin a la vía administrativa, pero que sean presuntos (art. 25.1).

La diferencia radica en que la Administración no ha dictado acto expreso dentro del plazo legal, como es su deber de acuerdo con el art. 42 LRJAPPAC. En este supuesto, salvo que el ordenamiento vincule a esa omisión el efecto jurídico de entender por estimadas las solicitudes formuladas en el procedimiento administrativo (arts. 43 y 44 LRJAPPAC), el silencio administrativo se constituye como sustitutivo del acto expreso desestimatorio a los efectos de entender concurrente el presupuesto de

---

<sup>6</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.A., *La impugnación de los actos administrativos de trámite*, Madrid, 1993, páginas 94-98.

<sup>7</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.A., *La impugnación de los actos administrativos de trámite*, Madrid, 1993, páginas 168-255.

necesidad de tutela jurídica para que sea admisible la iniciación del proceso administrativo, aunque esto no implica la extinción del deber de resolución expresa, ni vincula a que ésta sea desestimatoria (art. 43. 3 y 4 LRJAPPAC).

3º) Acto administrativo de trámite, en el sentido de no decisorio de las cuestiones del procedimiento, pero cualificado (art. 25.1).

El sentido de esta norma es el de que los actos de tramitación de los procedimientos administrativos por su nula o escasa incidencia en los derechos o intereses no determinan, por regla general, una situación de necesidad de tutela jurisdiccional. Las excepciones a esta regla se establecen en el art. 25.1, cuyo contenido está actualmente coordinado con el art. 107 LRJAPPAC, referido a los recursos en vía administrativa. Estas excepciones son plasmación legal del respeto al contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en el sentido de que sin ellas, con la limitación a los actos definitivos, ese derecho podría considerarse violado en algún caso <sup>8</sup>.

Las excepciones son cuatro, se formulan de dos formas distintas (dos de modo descriptivo, dos con conceptos jurídicos indeterminados) y tienen la amplitud suficiente para que los órganos jurisdiccionales puedan evitar, en su aplicación, violaciones del derecho a la tutela en el aspecto antes apuntado.

Son recurribles los actos de trámite que, alternativamente:

a) deciden directa o indirectamente el fondo del asunto. Es decir, prejuzgan en cualquier sentido la resolución del procedimiento concreto; por ejemplo, al anularse el acto de cancelación de un expediente para concesión de un permiso de investigación minera -lo cual es un acto de trámite, que impulsa el procedimiento- se abre concretamente la posibilidad de que el permiso no sea concedido a otro solicitante de fecha posterior -que podría recurrir el acto de trámite por influir indirectamente en la resolución de su procedimiento-.

b) O que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento. Esta imposibilidad puede referirse al procedimiento en su conjunto o a la

---

<sup>8</sup> Como indica GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.A., *La impugnación de los actos administrativos de trámite*, Madrid, 1993, páginas 84-85: “En realidad estamos suscitando el problema del momento de la defensa, esto es, saber cuál es el momento límite a partir del cual la demora en la defensa (por impedirse la interposición de recursos) afectará sustancialmente a ese derecho”.

continuación del procedimiento para alguno de los interesados en él, aunque no siempre que se produce la exclusión de algún interesado antes del acto final nos hallamos ante el supuesto; para esto es necesario que el contenido del acto de exclusión no deba ser reconsiderado en el acto final del procedimiento en su conjunto -por ejemplo, la exclusión definitiva de aspirantes en un procedimiento de selección de personal-.

c) O producen indefensión. La excepción se establece aquí con un concepto jurídico indeterminado. Puede ser entendido, principalmente, de dos modos: simple imposibilidad de utilizar un medio defensivo en el procedimiento administrativo (inadmisión de una prueba, de una audiencia) o que la imposibilidad de impugnar inmediatamente impida o dificulte gravemente la protección del interés sustancial hecho valer por el interesado, principalmente por consolidarse la situación creada por el acto de trámite.

d) O, en fin, producen perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. Es otro concepto jurídico indeterminado, de significado más restringido que el concepto de producir indefensión, porque el concepto del que ahora hablamos si que alude con seguridad a la llamada indefensión material. De rechazo sirve para la interpretación del concepto de indefensión, que -con el objeto de evitar que las dos excepciones enunciadas por la ley acaben reducidas a una sola- debe ser la interpretación más amplia de las dos antes apuntadas.

4º) Como delimitación negativa de los actos impugnables, la pretensión procesal no es admisible si se deduce en relación con “actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma” (art. 28).

Principalmente esta norma excluyente de la admisión es correlativa a la eficacia de caducidad ligada al transcurso válido y sin aprovechamiento de los plazos de impugnación en vía administrativa y jurisdiccional, aunque también es aplicable en caso de actos de renuncia y de desistimiento de recursos administrativos por los interesados.

El acto confirmatorio o que reproduzca otro anterior firme ha de ser coincidente con éste en todo lo relevante, pero si se trata de un acto expreso que deniega una solicitud que pudo entenderse desestimada por silencio administrativo y caducó la impugnación jurisdiccional referida al acto presunto, la impugnación del acto expreso no es inadmisibile por la causa que



ahora consideramos, porque el silencio administrativo sólo tiene la finalidad de no obstaculizar la impugnación, sin excluir el deber de dictar acto expreso y sus efectos ordinarios.

Si el acto firme confirmado o reproducido por otro posterior estaba viciado por causas de nulidad absoluta o de pleno derecho no rige la causa de inadmisión considerada. Según una de las orientaciones jurisprudenciales que dan específica relevancia a esta modalidad de invalidez, la reproducción o confirmación del acto da una nueva oportunidad procesal para que se inste la declaración de nulidad, dado que el acto no puede adquirir la calidad de válido ni por el transcurso del tiempo, ni por la convalidación (art. 67 LRJAPPAC) <sup>9</sup>.

*b') Interposición de la impugnación en el plazo legal.*

Las normas sobre el plazo, su termino inicial y su duración, se establecen en el art. 46 y en el art. 128.2. Para su computo hay que estar a lo dispuesto por los arts. 185 LOPJ y 5 CC. Su inobservancia determina la inadmisión (art. 51.1,D).

En el régimen de este requisito debería repercutir la diferente naturaleza de la causa de invalidez que se haga valer. La nulidad absoluta conceptualmente no deviene irrelevante por el transcurso del tiempo. Sin embargo el riguroso régimen de la caducidad de la impugnación jurisdiccional no ha permitido su directo desconocimiento incluso en este supuesto. No obstante la naturaleza de la nulidad absoluta ha influido en la interpretación y aplicación de este requisito. Antes se advirtió de la técnica de admitir la impugnación formulada en plazo aunque contra un acto confirmatorio o reproducción de otro anterior firme pero viciado de nulidad absoluta. Otra técnica consiste en instar la revisión del acto en vía administrativa (art. 102 LRJAPPAC) e interponer, en su caso, impugnación jurisdiccional contra la desestimación expresa o presunta de la revisión, y consecuentemente pretendiendo la declaración de nulidad del acto <sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Jurisprudencia en Comentarios Aranzadi, páginas 338-339.

<sup>10</sup> Jurisprudencia en Comentarios a LRJAPPAC, González Pérez y González Navarro, I, páginas 1113-1114, y en Comentarios a LRJAPPAC, Santamaria Pastor, página 267.

Si se ha hecho uso de la facultad de interponer recurso potestativo de reposición es necesario esperar a la resolución de este recurso o a su desestimación por silencio (art. 46.4; art. 116.2 LRJAPPAC).

El deber de la Administración de dictar resolución expresa (arts. 42.1, 43.4 LRJAPPAC) determina que el acto pueda ser impugnado en plazo aunque hubiera caducado la impugnación en atención al momento en que pudo entenderse existente acto presunto desestimatorio.

En fin debe llamarse la atención sobre una jurisprudencia que altera en algunos supuestos los efectos del plazo de caducidad: si el acto ha lesionado un derecho que tiene legalmente señalado un plazo de prescripción, la falta de recursos administrativos y del acto de interposición del proceso administrativo en los plazos vistos no implica pérdida de la posibilidad de tutela jurisdiccional del derecho. Tal posibilidad subsiste mientras no prescriba el derecho, de modo que, mientras eso no ocurra, pueden formularse solicitudes que inicien procedimientos administrativos, interponer contra sus resoluciones las correspondientes impugnaciones jurisdiccionales y mantener la expectativa de reconocimiento del derecho <sup>11</sup>.

*b) El requisito de la legitimación.*

Es un requisito relativo a las partes, pero, a diferencia de la capacidad para ser parte, de actuación procesal y de postulación, no es pacífica su naturaleza procesal y es seguro que no tiene sólo carácter subjetivo, porque implica una relación entre las partes y el concreto objeto procesal, en virtud de la cual es admisible que alguien pida y que se pida frente a alguien un pronunciamiento de fondo sobre ese objeto.

No obstante, lo último que acabamos de decir conviene ponerlo en tela de juicio.

Es evidente que si una persona ostenta un derecho subjetivo frente a la administración pública y ésta lo infringe, aquella persona (y sólo ella), ha de poder obtener una sentencia de fondo sobre la pretensión que interponga (pidiendo el pleno restablecimiento del disfrute de aquel derecho).

---

<sup>11</sup> GONZALEZ SALINAS, P., *Hacia el fin de la preclusión del plazo impugnatorio*, REDA, 1986, páginas 281-286.

Ahora bien, si se piensa que lo que está en juego es el control jurisdiccional de la sumisión a Derecho de la administración pública y que el Derecho no se reduce al establecimiento de derechos subjetivos, podría concluirse la conveniencia de que cualquier ciudadano pudiera provocar una sentencia de fondo sobre la conformidad a Derecho de una concreta actuación administrativa.

Entre una forma tan restrictiva y una forma tan amplia de atribuir ese poder, existen unas formas intermedias que se distinguen de la segunda porque no entienden suficiente para esa atribución la intención de que se restaure la legalidad, sino que requieren que el actor obtenga con ello un beneficio concreto, y se distinguen de la primera forma porque ese beneficio no es algo a lo que el actor tenga derecho en virtud de una previa relación con la Administración, infringida por ésta, y también porque si el restablecimiento de la legalidad beneficia a varios, cualquiera de ellos, y no necesariamente todos en conjunto, tiene atribuido ese poder.

La pretensión procesal de anulación puede ser eficazmente interpuesta con base en cualquiera de los títulos de legitimación establecidos pro el art. 19. Respecto de asuntos encuadrables en cualquier materia de la competencia genérica del orden contencioso-administrativo, con base en los títulos generales de legitimación, consistentes en ostentar un derecho subjetivo o un interés legítimo (art. 19.1, a, b, y c, pero también, aunque difiera la terminología, los supuestos de las letras d, e y g). Respecto de los asuntos incluidos en esa competencia genérica y para los que la ley establece títulos especiales de legitimación, con base en estos títulos a los que se refieren las letras f y h del art. 19.1, además de la legitimación del Defensor del Pueblo para la impugnación de actos de violación de derechos fundamentales y en materia de responsabilidad de funcionarios (arts. 29 y 26 LO del Defensor del Pueblo).

Acerca de la naturaleza material o procesal de este requisito deben hacerse dos observaciones de gran eficacia aclaratoria:

1º) No es argumento concluyente en favor de la naturaleza procesal del requisito la posibilidad de su examen *a limite litis* (art. 51.1,b), dado que lo mismo ocurre con otros requisitos indudablemente relevantes para la estimación de la pretensión, como se observa en los apartados 3 y 4 del art. 51. En todos estos supuestos hay técnicas de examen anticipado de requisitos de fondo, justificables por el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas,

tal vez discutibles desde el punto de vista del derecho a un proceso con todas las garantías, pero que en ningún caso transmutan la naturaleza del juicio realizado.

2º) Afirmar la naturaleza procesal de un requisito no significa excluir su naturaleza material. En el régimen de la tutela judicial de los derechos e intereses son frecuentes las normas procesales-materiales en el sentido de normas de contenido no formal, sino referente a ciertas realidades objetivas con relevancia procesal. Si atendemos a los requisitos de las partes, la falta de capacidad de actuación procesal y de capacidad de postulación tienen carácter procesal-formal, porque pueden ser suplidas con los medios de integración previstos por el ordenamiento. Por el contrario, la legitimación se tiene o no se tiene en función de lo establecido por las normas y de la situación de hecho relevante para las mismas.

*c) Requisitos de la estimación de la pretensión.*

La estimación de la pretensión depende de la concurrencia (prueba u otro método de fijación) de los hechos o de los datos, si no a todos les conviene la calificación de hechos, subsumibles en las diversas causas de nulidad o de anulación de los actos administrativos previstas por el ordenamiento jurídico. El juez habrá de considerarlos concurrentes y determinantes de la aplicación del precepto que establece tales causas para anular el acto o declarar su nulidad.

Es ahora el momento de preguntarse si el juez tiene alguna limitación para apreciar los requisitos condicionantes de la estimación, apreciación que basta, caso de producirse en sentido afirmativo, para que se pronuncie el estricto fallo anulatorio.

*a') Juicio de hecho.*

En cuanto al juicio de hecho sobre la concurrencia de los requisitos condicionantes de la estimación, si estuviéramos en un juicio civil no vacilaríamos en afirmar que el juez lo realizará según la prueba practicada en el proceso. De esta solución no se apartan ni siquiera los datos que condicionan el sentido de los pronunciamientos y que no son propiamente hechos, sino apreciaciones técnicas, científicas, éticas, estéticas, etc. que la norma sitúa en su supuesto de hecho, y que el juez habrá de constatar sea mediante reglas de la sana crítica comunes o sea mediante la prueba pericial.

En un proceso administrativo hay, sin embargo, problemas.

1º) La previa realización de un procedimiento administrativo en el que el interesado habrá actuado o tenido oportunidad de actuar, y en el que se han podido alegar y demostrar los hechos y datos de función similar, conduce a plantearse si el juez deberá constatar los hechos y otros datos determinantes de la concurrencia de las causas de nulidad o de anulación atendiendo a la prueba que se proponga practicar y que se practique en el proceso o si deberá quedar limitado en cuanto a este juicio a la resultancia fáctica establecida por la Administración en el acto administrativo o en el expediente previo al mismo. Esto fue problemático bajo la anterior ley. Ahora no presenta problemas atendido el art. 56, tanto en su expresa disposición de que puedan aducirse cuantos motivos procedan, hayan sido o no alegados ante la Administración, como en la disposición de que son la demanda y la contestación los momentos ordinarios -es decir, sin perjuicio de las excepciones- de preclusión de la aportación de prueba documental.

2º) Los requisitos no estrictamente fácticos de las causas de nulidad o de anulación del acto.

El segundo problema es más dificultoso. En el supuesto de las normas aplicables puede haber datos de las siguientes características: el concursante que haya demostrado mayores y más perfectos conocimientos sobre cierta materia, quien tenga más capacidad o mayores méritos, la mejor oferta para adjudicar un contrato, el proyecto más estético o que resuelva determinados problemas, los proyectos de mayor interés para la finalidad que se persigue fomentar mediante una subvención, etcétera. ¿Hasta que punto puede el juez examinar si el acto de la Administración revela una correcta concreción del supuesto legal, para anularlo o declararlo nulo si no es así?. Obsérvese que no estoy ahora planteando si el juez tiene potestad para concretar él mismo ese dato de forma positiva, porque esto, en todo caso, haría referencia al reconocimiento de una situación jurídica individualizada.

En el tema siguiente haremos un análisis sistemático de estos problemas a la amplitud funcional del enjuiciamiento de las pretensiones interpuestas frente a la Administración.

*b') Juicio de Derecho.*

En cuanto al juicio de Derecho los problemas son menores, no en balde siempre se ha aceptado que el proceso contencioso-administrativo funcione

como una especie de casación, en la que el órgano jurisdiccional revisaría si el Derecho ha sido correctamente aplicado o no a los hechos fijados por la Administración como base del acto. Esta concepción es incorrecta, pero revela que en ese aspecto del enjuiciamiento no hay dudas sobre la amplitud de los poderes del juez.

*d) Contenido de la estimación de la pretensión.*

Presupuesta la potestad de hacer los anteriores juicios, no se suscitan problemas respecto de otra potestad que pudiera serle necesaria al juez para hacer el pronunciamiento sobre lo pedido en la pretensión, ni sobre si esa potestad invadiría o no los poderes administrativos. El juez se limita, en este caso, a pronunciar la anulación que es consecuencia de los juicios de hecho y de Derecho realizados, y la estricta pretensión de anulación queda plenamente satisfecha con la eliminación de los efectos jurídicos del acto administrativo. Otra cosa son, como veremos a continuación, las pretensiones respecto de las consecuencias derivadas de la anulación.

Es oportuna, ahora, una reflexión que relaciona los efectos de la estimación de la pretensión de anulación con las pretensiones respecto de las consecuencias derivadas.

Hay supuestos en los que el actor queda satisfecho con la eliminación del acto de limitación o de gravamen, con el reconocimiento de su situación previa a estos actos y, en su caso, con el restablecimiento de su disfrute material si fue alterado.

Pero si el acto impugnado denegaba la petición de un acto favorable, el problema es si la anulación y el restablecimiento de la situación individualizada implica, simplemente, dejar al actor con la expectativa abierta de obtener una nueva resolución administrativa o el órgano jurisdiccional debe llegar a dictar u ordenar que se dicte el acto favorable que fue instado en vía administrativa.

En los supuestos en los que no pudiera llegarse a la segunda conclusión, no ha de pensarse que la Administración se enfrenta con la renovada solicitud del acto favorable con la misma libertad de vínculos judiciales con la que apreció la solicitud que ha dado lugar al litigio. Una cosa es que el proceso no pueda dar plena satisfacción a los intereses del actor, si esos intereses en parte no están amparados por el Derecho, ni, en consecuencia, pueden ser satisfechos judicialmente, y otra cosa distinta que

los pronunciamientos sobre los componentes jurídicos del acto impugnado, hechos en oportunidad que el ordenamiento reconoce suficiente para justificar una sentencia judicial (existencia de necesidad de tutela jurídica) no tengan ningún valor jurídico judicial.

El pronunciamiento sobre tales componentes del acto administrativo tiene eficacia de cosa juzgada. La Administración podrá resolver después, pero sin vinculación sólo en cuanto a los componentes del acto no alcanzados por la cosa juzgada.

Es obvio que la anulación del acto ya es un efecto práctico del proceso. Pero si se quiere -y, efectivamente, se debe- ir más allá del proceso al acto y llegar a la tutela de los derechos y de los intereses legítimos, sin que esto implique que los tribunales estén apoderados siempre para imponer a la Administración la emisión de un acto con el contenido determinado que se entienda ajustado a Derecho -dado que no siempre la potestad jurisdiccional alcanza a esto como se verá-, una solución puede consistir, en todo caso, en que los órganos jurisdiccionales definan con eficacia de cosa juzgada todo lo que es jurídicamente definible atendido lo que ha sido objeto del proceso, sin perjuicio de que aquello que no es jurídicamente enjuiciable siga sometido a las potestades de resolución de la Administración.

Estas consideraciones pueden ser también referidas a las pretensiones de anulación de actos de limitación y gravamen.

*B) Las pretensiones relativas a las consecuencias derivadas de la anulación del acto administrativo*

Los efectos jurídicos producidos inicialmente y anulados por la sentencia estimatoria de la pretensión de anulación habrán dejado al aspirante al concurso provisionalmente inadmitido, sin participar en los actos siguientes del concurso; al concursante para la adjudicación de un contrato, sin opción a la adjudicación; al contribuyente con una liquidación ejecutiva, tal vez con vía de apremio iniciada, con sus bienes embargados o incluso realizados; al titular de un chalet en lo que la Administración estima que es zona de servidumbre de protección contigua al dominio público marítimo terrestre con las excavadoras en la puerta; al propietario de un terreno en zona urbana con las obras de urbanización realizándose en su propiedad; al concesionario con su concesión caducada y con las actuaciones administrativas para que desocupe el dominio público o los bienes para la prestación del servicio

público; al empresario que solicitó autorización de prácticas sometidas a ese requisito en materia de competencia, sin disponer aún de la autorización tras anularse la inicial resolución administrativa denegatoria. Y se podría seguir.

La acomodación de estas situaciones de hecho y de derecho a lo que debe ser, después de la anulación del acto administrativo que las generó sin conformidad a Derecho, también puede ser perseguida mediante una pretensión procesal que se interpone conjuntamente con la estricta pretensión procesal de anulación.

A eso se refiere el art. 31.2 cuando dispone: “también podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de daños y perjuicios, cuando proceda”.

El éxito de estas pretensiones depende de que sean admisibles y de que estén fundadas.

Veamos cuales son los requisitos de esta pretensión y cuál el objeto de la misma, en el sentido de lo que con ella puede ser pedido, o, mejor, de lo que hay expectativa fundada de obtener si se pide y concurren los requisitos antes aludidos.

*a) Requisitos de los que depende la admisibilidad de la pretensión.*

Los requisitos específicos de admisión son los mismos que los de la pretensión de anulación, con la que ha de ser interpuesta en acumulación necesaria. En efecto, no es admisible la interposición separada de la pretensión relativa a las consecuencias accesorias, por que no corresponde a las modalidades de tutela que prevé el art. 29. Su interposición acumulada con una pretensión de anulación diferente a aquella cuya estimación determinó el nacimiento de las consecuencias accesorias, podría ser pensada en el supuesto de impugnación de acto destinado a impedir la eficacia de la sentencia, y que restaurara las consecuencias del acto anulado (art. 103.4 y 5); todo esto sólo en el singular supuesto de que la declaración de nulidad de pleno derecho del acto contrario a la sentencia no correspondiera a la competencia del tribunal que dirigiera la ejecución (art. 103. 5, in fine).

Esta es, sin embargo, la oportunidad sistemática correcta para plantear la cuestión relativa a la eficacia del plazo de impugnación en el supuesto de que la situación jurídica individualizada - a estos efectos solamente un



derecho subjetivo- cuya tutela judicial se pretende, tuviera establecido un plazo de prescripción de mayor duración que los plazos establecidos en el art. 46.

La tesis dominante en la jurisprudencia es la de que, dictado acto administrativo o existente acto presunto, la falta de aprovechamiento en plazo de las posibilidades de impugnación conduce al supuesto de inadmisión del art. 28, de modo que se pierde la posibilidad de tutela judicial del derecho, aunque no se hubiera producido la prescripción extintiva del mismo <sup>12</sup>.

Algunos autores y cierta jurisprudencia sostuvieron antes de la nueva ley una tesis distinta, que la Ley de 1998 no ha incorporado a su texto. Según esta orientación mientras el derecho afectado por el acto no prescriba la caducidad de las impugnaciones en vía administrativa y jurisdiccional no impide obtener la tutela judicial del derecho, para lo cual podrán formularse ulteriores peticiones ante la Administración, que abrirán los correspondientes procedimientos y, nuevamente, las posibilidades de impugnación jurisdiccional <sup>13</sup>.

Con independencia del fundamento que deba reconocerse a la segunda tesis y de la amplitud de su aceptación jurisprudencial, debe puntualizarse que si el derecho en cuestión tiene por objeto prestaciones que se devengan periódicamente (por ejemplo, los diversos componentes de la retribución o de derechos pasivos), la inadmisibilidad por transcurso del plazo de la impugnación frente a una de las liquidaciones no implica consentimiento de las posteriores afectadas por el mismo vicio, puesto que se trata de actos administrativos diferentes.

#### *b) El requisito de la legitimación.*

Como veremos en siguientes apartados la clase de legitimación guarda una especial relación con el fundamento y objeto de esta pretensión procesal.

No obstante, atendidas las modalidades de legitimación que pueden ser eficazmente aducidas para interponer esta pretensión respecto de consecuencias accesorias de la nulidad o anulación, resulta incorrecto

---

<sup>12</sup> jurisprudencia en Cabañas, página 183, nota 244.

<sup>13</sup> Sobre esto véase González Salinas, P., Hacia el fin de la preclusión del plazo impugnatorio, REDA, 1986, páginas 281-286.

describir el objeto de la pretensión como “reconocimiento de una situación jurídica individualizada” y adopción de medidas para el restablecimiento de tal situación. En efecto, en los supuestos de acción popular y de legitimación para la defensa de intereses colectivos, no cabe sostener que la pretensión respecto de las consecuencias accesorias signifique reconocimiento de situaciones individualizadas de los legitimados, por lo que si no se quiere limitar, en estos casos, la tutela judicial a la anulación del acto, hay que reconocer que el legitimado puede pretender pronunciamiento sobre las consecuencias derivadas de la anulación, aunque no consistan en reconocimiento de situaciones individualizadas.

*c) Requisitos de la estimación de la pretensión.*

Son requisitos de la estimación de la pretensión referida a las consecuencias accesorias de la anulación, en primer lugar la concurrencia (alegación y prueba) de todos los hechos necesarios para -y éste sería el segundo requisito a examinar en el juicio de estimación- sustentar la aplicación de las normas jurídicas que determinan la existencia de la situación jurídica individualizada que el actor pide que sea reconocida.

Si difícil era exponer con algún detalle estos requisitos en la estricta pretensión de anulación, más aun lo es respecto de estas pretensiones, porque las situaciones jurídicas individualizadas relacionadas con un acto administrativo anulado pueden presentar una amplísima variedad, dado que son cualesquiera situaciones de beneficio o ventaja o de evitación de perjuicio, de carácter individual o, en su caso, de carácter colectivo, que se producen si la Administración actúa, como debe, de acuerdo con la legalidad.

Si que debe ser resaltado un cambio importante respecto de la ley de 1956. El art. 28.2 de la LJCA de 1956 limitaba expresamente la posibilidad de obtener el reconocimiento de una situación jurídica individualizada al que estaba legitimado por la titularidad de un derecho subjetivo infringido por el acto impugnado. La doctrina entendió que, si bien en los casos de legitimación por interés legítimo, previamente al acto administrativo contrario a Derecho no hay ninguna relación específica de la persona con la Administración que funde un derecho de la primera a exigir de la segunda un comportamiento con arreglo a Derecho, la producción de aquel acto origina un derecho en la persona cuya esfera jurídica era afectada por la ilegalidad, a la eliminación del acto ilegal y de sus consecuencias, con reintegración al precedente estado de ventaja o de ausencia de desventaja. Por tanto, también

el legitimado por interés legítimo podía pretender con eventual expectativa de éxito el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada <sup>14</sup>.

El art. 24.1 CE, que garantiza la tutela judicial efectiva tanto de los derechos, como de los intereses legítimos, imponía eliminar esa distinción de la letra de la ley. Efectivamente hoy ya no existe en el art. 31 de la nueva Ley.

Ahora bien. Una cosa es que el legitimado por interés tenga expectativa de obtener el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y su restablecimiento, y otra distinta que esa expectativa tenga el mismo grado de seguridad que la del legitimado como titular de un derecho subjetivo. La precisión del objeto y contenido de ese derecho y el reconocimiento normativo de la exigibilidad por el titular, facilitan el reconocimiento jurisdiccional de la situación subjetiva <sup>15</sup>. Esa precisión de objeto y contenido no existe siempre en caso de legitimación por interés, sino que en la determinación de cuál debe ser la actuación administrativa en el caso inciden potestades administrativas resistentes, en diversa forma, a un enjuiciamiento jurídico (aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, ejercicio de potestades discrecionales), lo que dificulta -comparativamente- el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas.

También debe afirmarse en general que la concurrencia de los hechos y la aplicabilidad de las normas jurídicas ha podido quedar en todo o, en cualquier caso, en parte establecida al estimarse como fundada la estricta pretensión procesal de anulación. Ésta es conexas con las pretensiones respecto a las consecuencias accesorias, pero no cabe excluir supuestos en que el fundamento de las segundas descansa sobre unos hechos y queda justificado por unas normas en parte diferentes a los que han permitido considerar fundada la pretensión de anulación -por ejemplo, los que condicionan la indemnización de daños y perjuicios, si no puede restablecerse plenamente la situación jurídica individualizada-. Es obvio que, para la estimación de aquellas pretensiones, será necesaria esa complementación.

*d) Contenido de la estimación de la pretensión.*

---

<sup>14</sup> Sobre la cuestión tratada en el texto, es de referencia obligada GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Sobre los derechos públicos subjetivos*, REDA, 1975, número 4, páginas 427-446.

<sup>15</sup> Se trata de situaciones subjetivas típicas, de las que ofrece una serie de ejemplos GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Sobre los derechos públicos subjetivos*, REDA, 1975, número 4, páginas 428-429.

El *petitum* es que el actor sea puesto en disfrute del bien jurídico que le corresponde de acuerdo con la situación jurídica reconocida, para lo cual el juez -a petición del actor- ordenará cómo -es decir, establecerá cuales son las medidas para su pleno restablecimiento- y, si no es posible, condenará a indemnizar por el equivalente pecuniario del bien jurídico perdido.

Para satisfacer ese *petitum* ¿Qué clase de tutela jurisdiccional habrá de pedirse del juez y éste podrá conceder?. La respuesta está en una comprensión técnico-procesal de una expresión tan poco técnica como la de “medidas adecuadas para el pleno restablecimiento” de la situación individualizada. Algo ayuda en esa labor la determinación del art. 71.1, c, -corroborada por el art. 108- en el sentido de que las medidas que disponga la sentencia pueden consistir en “la emisión de un acto” administrativo o en “la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria”. Y también auxilia la determinación del art. 71.1, b, en relación con el apartado c, de que las medidas no se limitan a lo establecido por este último.

La respuesta sería que el órgano jurisdiccional puede realizar según los casos:

1º) Pronunciamientos de condena, si, anulado el acto, renacen o surgen para la Administración precisos deberes de hacer, de no hacer, de dejar hacer, de dar determinada cosa o de dar dinero. Es decir, obligaciones o deberes legales de prestación exigibles por el actor, cuya efectividad sólo puede producirse mediante una sentencia de condena.

2º) Pronunciamientos constitutivos, si, anulado el acto, renacen o surgen para la Administración deberes jurídicos de emitir un determinado acto administrativo. Sin embargo este supuesto tal vez deberá seguir considerándose como pronunciamiento de condena, en el sentido de condena a emitir una declaración de voluntad <sup>16</sup>, porque la LJCA no prevé que la sentencia produzca por si misma y de entrada los efectos propios de un acto administrativo, sino que sólo permite que se establezca esa eficacia dentro del proceso de ejecución y si la Administración no hubiera dictado el acto debido (art. 108.1, b).

3º) Pronunciamientos de mera declaración de carácter positivo, si no procede ninguno de los pronunciamientos anteriores, pero, como dijimos al

---

<sup>16</sup> Tal vez pueda verse MONTON REDONDO, A., *¿Es ejecutable la sentencia exigente de una declaración de voluntad?*, RDProlberoam, 1995, páginas 969-1002.

término del apartado D de la pretensión de anulación, cabe establecer declaraciones con eficacia de cosa juzgada respecto de componentes de la situación jurídica individualizada reconocida al actor, vinculantes para la Administración en el momento en que decida dictar nuevamente el acto administrativo.

4º) Obviamente, según la complejidad del caso, la sentencia puede contener más de una clase de pronunciamientos.

Resurge al tratar de estos pronunciamientos el problema de hasta qué punto el juez va a poder determinarle a la Administración, ahora en positivo, cómo ha de actuar y cómo ha de decidir administrativamente. El problema es más intenso que cuando considerábamos los problemas de esa potestad en su ejercicio negativo, como potestad de anulación por ciertas causas de dudosa entidad jurídica. En esta oportunidad se trata de determinar hasta qué punto el juez puede imponerle a la Administración qué actuaciones ha de realizar y qué actos administrativos ha de dictar para el restablecimiento de la situación jurídica individualizada. Este es un problema de presupuestos-objeto de estas pretensiones, que deberá resolverse del modo que se estime correcto <sup>17</sup>, pero respecto del cual el pronunciamiento que contenga la sentencia del proceso de declaración constituirá cosa juzgada. El pronunciamiento pretendido y sus fundamentos habrán de ser planteados por el actor, debatidos en el proceso de declaración, resueltos por una sentencia que debe ser congruente, y, si la Administración entiende que el pronunciamiento pedido y concedido excede de lo que el ordenamiento autoriza a los tribunales a ordenarle, podrá recurrirlo en la medida en que sea admisible recurso. Pero firme el pronunciamiento es cosa juzgada y título de ejecución. No es admisible, por tanto, dentro del proceso de ejecución resucitar los problemas que se hubieran suscitado o debido suscitar en el proceso de declaración acerca de la “sustitución” de la Administración por los tribunales a efectos de establecer precisamente las actuaciones y actos administrativos para dar efectividad a la situación jurídica individualizada reconocida por la sentencia <sup>18</sup>. Ésta es, a mi juicio, la buena doctrina, pero me temo que la práctica sea con esto considerablemente laxa. Para esto concurrirán desde tópicos como el “carácter antiformalista de la jurisdicción contencioso-administrativa”, hasta la consideración de que la inefectividad (retraso y carestía) de la misma es tal

---

<sup>17</sup> Véase al respecto el tema 4.

<sup>18</sup> No obstante, sobre problemas en relación con esto véase tema 4.

que, mientras exista una rendija procesal para establecer la medida adecuada con vistas al restablecimiento de la situación reconocida, será aprovechada, aunque sea en el complejo proceso de ejecución y en sus incidentes. Aunque sea previsible que la tendencia de la práctica sea la acabada de describir, algún límite deberá tener si las normas deben tener algún significado, porque se dispone, por una parte, que las cuestiones que pueden ser decididas en la ejecución lo han de ser “sin contrariar el contenido del fallo” (art. 109.1), y, por otra, se establece la clásica recurribilidad en casación contra autos recaídos en ejecución de sentencia “siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta”.

La amplia puntualización de lo último viene a cuento de que los estudios sobre la existencia y amplitud de una potestad judicial de sustitución de las potestades administrativas, han de ser leídos procurando distinguir qué sustitución está en juego en el proceso de declaración -cuando se trata de determinar las circunstancias y contenido de las actuaciones y de los actos administrativos para restablecer la situación individualizada reconocida- y que sustitución hay que plantearse en el proceso de ejecución -en el que, en principio, se trata de realizar aquello que ha sido determinado en la sentencia de un proceso realizado con la Administración como parte y con plenitud de oportunidades de contradicción para la misma-.

### **3.- La pretensión procesal de anulación de disposiciones generales y las pretensiones respecto de las consecuencias derivadas de la anulación**

De manera introductoria respecto de esta clase de tutela judicial pueden formularse las observaciones siguientes.

1º) Mediante la tutela judicial configurada *in nuce* por el art. 31 en relación con el art. 28 se posibilita ya no la declaración de nulidad o la anulación de un acto administrativo, sino la declaración de nulidad de una norma jurídica de rango infralegal, de una determinación abstracta y general que debe ser aplicada, mientras no sea derogada, a una serie indeterminada de casos iguales.

No toda pretensión procesal que pida un pronunciamiento sobre una disposición de carácter general porque la actuación de la Administración respecto de dicha disposición no es conforme a Derecho, representa la clase

de tutela judicial que ahora consideramos. Claramente no es así en el supuesto de tutela establecido por el art. 29 (condena a cumplimiento de una prestación concreta en favor de persona determinada, directamente establecida por una disposición general). Pero tampoco en el caso de negación expresa o presunta a dictar una disposición general que, conforme a Derecho, deba ser dictada. En este último caso la tutela judicial se pide en relación con el acto administrativo, aunque la pretensión procesal relativa a las consecuencias derivadas de la anulación de la denegación pueda provocar pronunciamientos sobre el deber de dictar la disposición general o sobre la indemnización por omitir dictarla <sup>19</sup>.

2º) Esta clase de tutela judicial va dirigida a producir la expulsión del precepto nulo del ordenamiento jurídico. Tiene, por tanto, una importante finalidad objetiva: la de depurar el ordenamiento de normas ilegales o antijurídicas. No obstante el requisito de la legitimación sigue haciendo patente la finalidad subjetiva, de protección de derechos e intereses. En cualquier caso, su fin primordial es el primero, no el de permitir una apreciación incidental de la ilegalidad del precepto, con el fin de dispensar la protección a una situación subjetiva afectada por aquél o por un acto fundado en él, pero dejando el precepto vigente, abierto a nuevas posibilidades de aplicación.

Eso es evidente en los casos de impugnación directa (art. 25.1 y art. 26), en los que la única tutela judicial que inmediatamente se persigue es la anulación del precepto contrario a Derecho, la eliminación de su eficacia normativa.

Pero no es menos cierto en los casos de impugnación indirecta (art. 26), Se entiende por tal la impugnación de un precepto por contrario a Derecho, con ocasión de la impugnación de un acto administrativo que aplica aquel precepto. Estas impugnaciones persiguen que el acto sea anulado y el precepto declarado nulo, o, más bien, lo segundo como previo a lo primero. De no entenderse así no habría impugnación indirecta de precepto ilegal, con expulsión del mismo del ordenamiento, sino una simple manifestación de la potestad (poder-deber) de inaplicación de las disposiciones ilegales (art. 6 LOPJ), que posibilita e impone a los jueces (a todos los jueces, no sólo a los administrativos) resolver con sujeción a la ley y al Derecho, según el

---

<sup>19</sup> GÓMEZ PUENTE, M., *Responsabilidad por inactividad de la Administración*, en "Documentación administrativa", números 237-238, enero-junio 1994, páginas 152-159.

principio de jerarquía normativa, es decir, prescindiendo, en su caso, de la disposición general ilegal, aunque no puedan anular la eficacia normativa de ésta.

Esto último no fue bien entendido bajo la LJCA de 1956. La impugnación indirecta prevista en el art. 39 de esa Ley funcionó como un supuesto de potestad de inaplicación, con lo que se incurría -además de en importantes problemas prácticos<sup>20</sup>- en una duplicación del art. 6 LOPJ (o del art. 7.1 de la LOPJ de 1870), duplicación por demás absurda dado que, a diferencia de los tribunales de otros órdenes jurisdiccionales, los del orden administrativo sí tienen competencia genérica para pronunciarse sobre la validez de las disposiciones generales.

La LJCA establece una técnica específica para evitar que, en los casos de impugnación indirecta, el precepto contrario a Derecho permanezca en vigor si ha sido estimada la impugnación: la cuestión de ilegalidad, a la que se refiere el art. 27 -en conexión con el régimen de la impugnación indirecta- y que desarrollan los arts. 123 al 126. Esta técnica, que no está exenta de críticas<sup>21</sup>, huye de la solución más lógica del problema, que consiste en acumular las pretensiones contra la disposición y contra el acto, atribuyendo la competencia objetiva al órgano que la tuviera para conocer de la pretensión procesal-base -es decir, de la de anulación de la disposición-. Parece muy condicionada por el criterio de evitar que se incremente, de entrada, la carga de trabajo de los tribunales objetivamente competentes para conocer de la impugnación de disposiciones. Con ese fin impide que la pretensión relativa al acto sea admisible directamente ante esos tribunales por causa de la conexión, y, además, hace funcionar el proceso sobre esa pretensión como filtro del proceso sobre la cuestión de ilegalidad ante esos tribunales.

3º) La materia a la que se refiere esta modalidad de tutela judicial es muy diferente a la que existe en los supuestos de impugnación de actos administrativos. Los efectos del acto administrativo que deben ser eliminados o modificados para el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y su restablecimiento, no son equiparables a los efectos normativos de la disposición, que deben producirse cada vez que concurra el supuesto de ésta, en una serie indeterminada de casos iguales. La pretensión

---

<sup>20</sup> SANTOS VIJANDE, J., *El recurso indirecto contra reglamentos*, páginas 15-58.

<sup>21</sup> SANTOS VIJANDE, J., *El recurso indirecto contra reglamentos*, páginas 103-141.



respecto de las consecuencias derivadas de la nulidad suscitará cuestiones especiales y generalmente no será apropiado decir -a pesar de que el art. 31.2 no hace excepción- que va dirigida al reconocimiento y restablecimiento de una situación individualizada, porque la anulación de la disposición será eficaz para todos los destinatarios indeterminados de la misma.

*A) Requisitos de admisión de la pretensión.*

*a) Disposiciones impugnables.*

La actividad administrativa impugnabile es la que la mayor parte de los preceptos de la LJCA denominan “disposiciones de carácter general” (por ejemplo: arts. 1, 25.1, 31.1, etc.), pero que en la LRJAPPAC son llamadas “disposiciones administrativas” (arts. 51 y 52 LRJAPPC) y “reglamentos” por los arts. 23 y 24 de la Ley de Gobierno. Las referencias normativas podrían extenderse a los Estatutos de Autonomía y a las leyes de Gobierno de las diferentes Comunidades Autónomas, a la legislación de régimen local (el art. 55 del Real Decreto Legislativo 781/1986, que aprueba el texto refundido de la disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, menciona las ordenanzas, reglamentos y bandos) e incluso a disposiciones que pueden emanar de entes institucionales y corporativos (arts. 1.2, d y 2, c).

Es claro que debe tratarse de disposiciones generales de rango inferior a ley formal. En otro caso la competencia genérica corresponde al TC (art. 161.1 CE, art. 27 LOTC). No obstante, en este primer aspecto, pueden surgir problemas atinentes al presupuesto procesal general de la competencia genérica, en un doble sentido. De un lado, disposiciones con rango de ley formal pueden ser enjuiciadas por el orden judicial administrativos, como es el caso de los preceptos de Reales Decretos Legislativos que excedan de los límites de la delegación (art. 82.6 CE, art. 27.2, b y e LOTC, art. 1.1 LJCA). De otro, disposiciones de rango inferior a ley pueden generar lo que el título IV LOTC denomina conflictos constitucionales -sobre los que tiene competencia genérica el TC (art. 161.1, c y d, arts. 59-75 LOTC)- o dar lugar a una impugnación del Gobierno de la Nación según el art. 161.2 CE, cuyo enjuiciamiento también compete al TC (arts. 76-77 LOTC).

Dentro ya de la competencia genérica del orden judicial administrativo hay dificultades en la calificación de la actividad impugnabile en zonas grises entre las disposiciones y ciertas clases de actos administrativos, entre las disposiciones normativas y reglas sin esa naturaleza. Esta calificación es, por

cierto, pletórica de consecuencias: recursos en vía administrativa e incidencia de los mismos en la admisión de la impugnación jurisdiccional, competencia objetiva de los tribunales del orden administrativo, plazo de la impugnación jurisdiccional, admisión de determinados recursos dentro del proceso administrativo.

Por un lado, es problemática la distinción entre disposición administrativa y actos administrativos con pluralidad de destinatarios (art. 59.5, a, LRJAPPAC: convocatoria de una oposición, de concurso para la adjudicación de un contrato, determinación del horario de trabajo en los centros administrativos). Buen criterio de distinción es el de que el acto se agota con su cumplimiento, mientras que la disposición conserva eficacia para regir ulteriores situaciones iguales.

Por otro lado, es difícil distinguir las disposiciones generales de las instrucciones u ordenes de servicio (art. 21 LRJAPPAC), que, por referirse exclusivamente al funcionamiento interno de los servicios administrativos, no tienen incidencia normativa (de regulación abstracta y general) en las relaciones de los ciudadanos con la Administración, sino que sólo afectarían a tales relaciones a través de los actos singulares que fueran dictados siguiendo las instrucciones u ordenes.

La jurisprudencia se mueve con notable inseguridad en esta materia <sup>22</sup>. Si la calificación de la actividad concreta realizada por la Administración debiera corresponder estrictamente con lo antes dicho, lo coherente sería no admitir la pretensión por falta tanto de disposición general, como de acto administrativo. Pero si la calificación revelara una eficacia normativa de la instrucción, la consecuencia debería ser tratarla como disposición general, con el previsible resultado de anularla por vicios de incompetencia y de procedimiento de formación. Probablemente la jurisprudencia opta por una vía intermedia, que prescinde del ajuste a los conceptos técnico-jurídicos de acto y disposición y persigue facilitar la tutela judicial, no limitándola al acto singular, sino permitiéndola contra la instrucción o la orden de servicio en cuanto, dejando a un lado su naturaleza jurídica, de hecho puede influir en que sea dictados muchos actos iguales.

---

<sup>22</sup> MORENO REBATO, M., *Circulares, instrucciones y ordenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico*, en RAP, núm. 147, septiembre-diciembre 1998, páginas 159200, con abundante jurisprudencia actual.

Por otra parte, no hay que hacer referencia a los actos de trámite cualificados, ni a los actos presuntos denegatorios como supuestos de necesidad de tutela jurídica para esta clase de tutela, porque esta necesidad la genera la vigencia de una norma no conforme a Derecho, no la ausencia de una norma reglamentaria que debería ser dictada, siendo omitida esta actividad. En este supuesto la clase de tutela es la tratada en el primer apartado del tema.

Las disposiciones generales ponen fin a la vía administrativa (art. 25.1) por si mismas, dado que contra ellas no cabe ningún recurso en esa vía (art. 107.3 LRJAPPAC), ni siquiera el potestativo de reposición, que los arts. 116 y 117 de la LRJAPPAC han reintroducido, pero sólo para la impugnación de los actos administrativos.

Los dos anteriores observaciones deben ser matizadas en el caso de impugnación indirecta de la disposición general, porque al ser una impugnación necesariamente acumulada a la del acto de aplicación, precisa que sea admitida la pretensión relativa al acto, admisión que depende de lo que dijimos en el primer apartado de este tema.

*b) Interposición de la impugnación en el plazo legal.*

Si la disposición general es impugnada directamente, el plazo de impugnación es de dos meses desde la publicación de la disposición (art. 46.1).

Pero la falta de impugnación en ese plazo no hace operar la causa de inadmisión del art. 28 como ocurre en los casos de impugnación de actos, sino que la protección de la posición de la Constitución como primera norma y la garantía de los principios de legalidad y de jerarquía normativa (art. 9.1 y 3 CE), conducen a establecer un instrumento que posibilita que, mientras las normas de rango inferior a ley estén vigentes, sea enjuiciable su conformidad a Derecho, no sólo para inaplicarlas en el caso concreto, sino para anularlas y suprimirlas del ordenamiento. Frente aquella finalidad de protección del sistema normativo constitucional no sólo cede el establecimiento de un plazo preclusivo de impugnación (art. 26.2: “La falta de impugnación directa de una disposición general...”), sino incluso la institución de la cosa juzgada (art. 26.2: “...o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden ...”).

Este instrumento consiste en la llamada impugnación indirecta de la disposición general. Mediante esta modalidad de impugnación, con ocasión de cada acto de aplicación de la disposición general es posible provocar no sólo la anulación del acto, por ampararse en precepto contrario a Derecho, sino también, en el mismo proceso o mediante la cuestión de ilegalidad, la anulación de ese precepto (arts. 26 y 27).

El plazo para la impugnación indirecta es el establecido para la pretensión procesal de anulación del acto (véase en apartado primero del tema), pero, además, ese plazo renace con cada acto de aplicación.

*B) El requisito de la legitimación.*

No hay especialidades en el requisito de la legitimación. Todas las modalidades de la misma según sus respectivos supuestos de aplicación -es decir, por ejemplo la acción popular, la legitimación activa del Ministerio Fiscal y del Defensor del Pueblo, en aquellas materias en las que rigen estas modalidades especiales- permiten interponer eficazmente una pretensión de anulación de disposiciones generales.

En la Ley de 1956 había una especialidad expresa. La legitimación por intereses colectivos exclusivamente atribuida a determinadas entidades asociativas era la única que permitía impugnar directamente disposiciones generales emanadas de la administración central del Estado (art. 28. 1, b LJCA 1956). Esta restricción de la legitimación doctrinalmente criticada y aplicada por la jurisprudencia con rigor variable, experimentó las consecuencias de la CE: no sólo fue abandonada la interpretación restrictiva que exigía que la entidad legitimada fuera de ámbito estatal, sino que el Tribunal Constitucional entendió derogado el art. 28.1, b) y permitió la impugnación directa al legitimado por interés individual <sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> La **STC 32/1991, de 14 de febrero**, al resolver la cuestión de si una persona física que interpusiera recurso contencioso administrativo contra una disposición general debía interponer previamente recurso de reposición, declaró que "si bien es cierto que en este apartado (el e) del artículo 53 al referirse a la impugnación de disposiciones de carácter general sólo se contempla el supuesto previsto en el párrafo primero del artículo 39, no lo es menos que, una vez admitida, por aplicación directa del artículo 24.1 de la Constitución, la legitimación de los particulares que tuvieren interés legítimo en la impugnación de todo tipo de Reglamentos administrativos, no cabe que se prive a aquéllos de la excepción que, referida al citado párrafo primero, otorga el artículo 53.e) de la LJCA" (en BJC 1991-119, pp. 73-80). En el mismo sentido que la anterior se pronuncia la STC 195/1992, de 16 de noviembre, que declara: "Debiéndose entender igualmente, después de la vigencia de la Constitución, que para impugnar una disposición de carácter general es aplicable como regla común de legitimación la del apartado a) del mencionado artículo 28.1 LJCA, y no la del apartado b) del mismo precepto ( SSTC 160/1985 y 24/1987, y ATC 520/1987)" (en BJC 1992-140, pp. 174-178).

En consecuencia aquella especialidad ya no ha reaparecido en la LJCA vigente, como puede comprobarse atendiendo al art. 31 en relación con los arts. 25, 26 y 19.

Ahora bien, respecto de la legitimación para esta clase de tutela ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

1º) Los conceptos de interés legítimo e intereses legítimos colectivos son conceptos jurídicos indeterminados que los jueces aprecian y aplican en atención a situaciones concretas.

2º) La eficacia normativa, efecto característico de una disposición general, es muy diferente a la de un acto administrativo. El grado de afectación individual por normas que precisen de actos intermedios de aplicación puede llegar a considerarse tan poco intenso como para desechar la relevancia de un interés legítimo individual, considerar atendible sólo un interés colectivo y legitimadas a entidades con suficiente representatividad para sostener este último interés <sup>24</sup>

Las anteriores cuestiones no pueden ser suscitadas en la impugnación indirecta. La legitimación para pretender la anulación del acto aplicativo conducirá directamente o mediante la cuestión de ilegalidad -proceso en el que es parte el actor del proceso inicial (art. 123.2)- a la declaración sobre la validez de la norma.

### *C) Requisitos de la estimación.*

La estimación de la pretensión depende de que la disposición impugnada no sea conforme a Derecho. Para esto se precisa realizar, principalmente, un juicio jurídico, no sólo en la “premisa mayor” de la sentencia, sino también en la “premisa menor”, dentro de la cual el juicio consistirá en analizar las posibilidades interpretativas del precepto impugnado, que habrán de ser comparadas con las reglas de Derecho a las que aquel precepto se debe ajustar.

---

<sup>24</sup> Muestra de algunas reticencias del TS a admitir el ejercicio individual de acciones en defensa de intereses colectivos en XIOL RÍOS, J. A., *Consideración de algunos aspectos del proceso administrativo como respuesta a los fenómenos de masificación social: la legitimación, la limitación de instancias, el tratamiento en serie de los recursos y los efectos de la sentencia*, en “Jurisdicción contencioso-administrativa: aspectos procesales”, CDJ, Madrid, 1992, páginas 150, 155-156.

Pero pueden ser también necesarios juicios de hecho. En realidad tal excepción no existe. Basta pensar en la inconstitucionalidad por motivos formales, cuya apreciación requiere de la prueba de datos del procedimiento de formación de la ley. Igualmente la ilegalidad del reglamento puede tener por causa la incompetencia del órgano administrativo que lo dictó, vicios del procedimiento de formación, la desviación de poder <sup>25</sup>, etc., para cuya constatación será necesaria actividad probatoria (así, para la cuestión de ilegalidad, el art. 125.3).

Las reglas de Derecho de referencia para el enjuiciamiento de la conformidad a Derecho de la disposición impugnada no son solamente las de la ley formal (de ahí que la expresión cuestión de ilegalidad sea poco ilustrativa), sino más ampliamente -como establece el art. 62 LRJAPPAC, en correspondencia con el 51 de la misma ley, para disponer la nulidad de pleno derecho de las disposiciones que las vulneren- “la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior”. En definitiva: el ordenamiento jurídico, comprensivo del principio de jerarquía normativa (art. 70).

La contrariedad a Derecho puede consistir tanto en las normas que establece la disposición, como en no haber respetado las normas de competencia para dictar disposiciones y de procedimiento de formación de las mismas. La jurisprudencia considera, sin embargo, que en la impugnación indirecta no puede enjuiciarse la nulidad por vicios de competencia y de procedimiento <sup>26</sup>. A falta de otra explicación convincente, parece decisiva la razón práctica de que la no remisión, en este tipo de impugnación, del expediente de formación de la disposición, dificulta la prueba. Si así fuera, con la nueva Ley habría que corregir aquel criterio. En la cuestión de ilegalidad el tribunal tiene la potestad de reclamar el expediente (art. 125.3), por lo que sería absurdo negar esa potestad en los dos supuestos en los que la declaración de nulidad del precepto puede realizarse sin el planteamiento de la cuestión (art. 27.2 y 3). No contradice lo dicho lo dispuesto al principio del art. 123.1 (“La cuestión habrá de ceñirse exclusivamente a aquel o a aquellos preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para la estimación de la demanda”), dado que se refiere a los preceptos objeto de la cuestión, pero no a los motivos de nulidad que pueden ser considerados.

---

<sup>25</sup> CHINCHILLA MARIN, C., *La desviación de poder*, Madrid, 1989, páginas 64-71.

<sup>26</sup> Ver jurisprudencia en Comentarios Aranzadi, páginas 330-331.

*D) Contenido de la estimación de la pretensión.*

Hay que distinguir los supuestos de impugnación directa y los supuestos de impugnación indirecta.

En la impugnación directa la estimación de la pretensión consiste en la anulación total o parcial de la disposición (art. 71.1, a).

En la impugnación indirecta hay que diferenciar:

1º) Si el órgano jurisdiccional tuviera competencia para conocer de la impugnación de la disposición planteada como directa, o si se trata del Tribunal Supremo al conocer de un recurso de casación, la estimación de la pretensión de anulación del acto aplicativo por causa de contrariedad a Derecho de la disposición en que se ampara, comporta que el tribunal ha de dictar pronunciamiento de anulación de esta disposición (art. 27. 2 y 3).

2º) Si el órgano jurisdiccional no tuviera competencia para conocer de la impugnación directa y hubiera estimado la pretensión de anulación del acto aplicativo por causa de contrariedad a Derecho de la disposición en que se ampara, producida la firmeza de la sentencia deberá plantear la cuestión de legalidad ante el órgano competente para la impugnación directa (art. 27. 1). Su sentencia no se ha pronunciado sobre la validez de la disposición más que *incidenter tantum*, a los efectos de posibilitar el pronunciamiento sobre la validez del acto aplicativo, pero sin poder anular la disposición. Este pronunciamiento podrá ser dictado en el procedimiento de cuestión de ilegalidad (art. 126), pero si la cuestión no es admitida o es desestimada el pronunciamiento no afectará a la sentencia de anulación del acto.

Puede ser discutido si el pronunciamiento estimatorio es merodeclarativo de la nulidad de la disposición -porque al ser la invalidez concurrente una nulidad de pleno derecho (art. 62.2 LRJAPPAC), aquella clase de tutela correspondería a la naturaleza de la causa de invalidez-, o si se trata de un pronunciamiento constitutivo. En cualquier caso no se trata, como a veces se ha argumentado la jurisprudencia, de un acto de derogación de la disposición, sino de un acto de eliminación de la misma del ordenamiento por disconformidad con el mismo, lo que tiene consecuencias que no genera la derogación, como, por ejemplo, la responsabilidad indemnizatoria de la Administración.

En favor de la naturaleza declarativa hay que registrar el régimen temporal de la petición de tutela judicial en este caso, que con la impugnación indirecta aproxima claramente el tratamiento a la no extinción de la causa de invalidez por transcurso del tiempo.

Por la naturaleza constitutiva inclina el régimen establecido por el art. 73 respecto de las sentencias y actos firmes que hubieran hecho aplicación del precepto antes de la eficacia de su anulación (art. 72.2).

*E) Pretensiones respecto de las consecuencias derivadas de la anulación.*

La ley no deja de referirse, al configurar esta clase de tutela, a la pretensión de reconocimiento de una situación jurídica individualizada y de medidas para su pleno restablecimiento, incluida la indemnización de daños y perjuicios (art. 31.2), pero, como ya advertí, esto no puede significar lo mismo que en el supuesto de pretensión de anulación de actos.

Específicamente:

1º) Si la disposición producía sus efectos sin necesidad de acto intermedio de aplicación, su anulación implica la eliminación de una limitación o gravamen y sólo cabe plantearse adicionalmente la posibilidad de obtener el reconocimiento de una situación jurídica individualizada que hubiera resultado perjudicada por deber soportar la limitación o gravamen y una indemnización de ese perjuicio.

2º) Si con base en la disposición se dictaron actos de aplicación de la misma o actos para garantizar su cumplimiento (por ejemplo, sanciones por incumplimiento) y si estos actos se han impugnado, sea acumuladamente con la impugnación directa, sea mediante la impugnación indirecta, la anulación de los actos de aplicación permitirá examinar la pretensión relativa a la situación jurídica individualizada relacionada con el acto y su anulación.

3º) Aunque el órgano jurisdiccional estime que la simple anulación de la disposición no satisface específicamente la “situación jurídica individualizada” o los intereses que resultarían beneficiados por una regulación infralegal ajustada a Derecho, sino que es necesario a tal efecto que la disposición tenga determinado contenido, la ley no le apodera para establecer este (art. 72.2). La formulación específica de esta prohibición de determinar positivamente la actuación administrativa significa que, ni siquiera



en caso de “reducción concreta a la nada” de la discrecionalidad de regulación, podría el tribunal determinar el contenido de la disposición que debe sustituir a la anulada. Cosa distinta es la plena eficacia de la cosa juzgada del pronunciamiento anulatorio: con el medio establecido en el art. 103.5 se puede declarar, en un procedimiento rápido, la nulidad de cualquier restablecimiento de la norma que ha sido declarada contraria a Derecho.

#### **4.- La pretensión procesal (autónoma) de condena por inactividad específica de la Administración.**

Mediante esta modalidad de tutela judicial se persigue hacer menos artificial la petición de tutela en los supuestos en los que la Administración está sujeta a un deber de prestación (de hacer, de no hacer o de dejar hacer o soportar, de dar cosas determinadas o dinero) frente a persona o personas determinadas. Bajo la Ley de 1956 se debía seguir el enrevesado camino de la petición, la denegación expresa o por silencio y la impugnación del acto de denegación como contrario a Derecho, siendo así que la simple omisión de la actividad debida ya era causa suficiente de la necesidad de tutela judicial, sin crear artificialmente un acto para mantener el modelo formal de proceso impugnatorio. Se reconoce ahora directamente una tutela judicial mediante condena, que no precisa el paso previo -aunque sólo sea en sentido lógico y realizado en el mismo proceso y sentencia- de la anulación de ningún acto de la Administración.

La reclamación previa en vía administrativa que establece el segundo inciso del art. 29.1 ha contribuido a enturbiar en buena medida lo que acabo de decir. Los autores -inducidos por la exposición de motivos- han entendido que es preceptivo interponerla y esperar al transcurso del plazo de tres meses, sin cumplimiento o sin acuerdo, para iniciar el correspondiente proceso. Esta opinión conduce a formular críticas por la ineffectividad de la solución establecida, que nuevamente retrasaría con formalidades el momento de petición de la tutela judicial <sup>27</sup>.

A mi juicio la omisión de esta reclamación no determina la inadmisión del proceso, aunque no carece de consecuencias. No influye en la admisión,

---

<sup>27</sup> Cabañas, *El recurso contencioso-administrativo*, página 101; Guillén Pérez, *El silencio administrativo*, páginas 302-304, aunque referido a los textos prelegislativos de la LJCA de 1998; Comentarios Aranzadi, páginas 342-343, con cita de otros autores.

dado que, para ello, sería necesario que la actividad administrativa impugnada fuera la contestación denegatoria o la ausencia de respuesta, es decir, como en el art. 25.1, siendo así que por las razones antedichas y por la disposición del art. 25.2 la necesidad de tutela jurídica viene dada por la simple existencia de una inactividad específica. Además el art. 51.3, párrafo segundo, considerando específicamente la admisión de esta clase de tutela, se limita a denegarla “si fuera evidente la ausencia de obligación concreta de la Administración respecto de los recurrentes”. El requerimiento sirve para posibilitar una solución extrajudicial. La consecuencia de su omisión debería producirse en la imposición de costas, en el sentido de poder imponerlas incluso a la parte vencedora si no hubiera interpuesto la reclamación y la Administración se hubiera allanado. El art. 139.1 posibilita esta solución porque no sigue el principio del vencimiento y establece una imposición motivada valorando las actitudes subjetivas de las partes.

El éxito de esta pretensión (la obtención de la tutela judicial que pide) depende de que sea admisible y de que esté fundada.

*A) Requisitos de los que depende la admisibilidad de la pretensión.*

Además de los presupuestos procesales generales la admisión de esta pretensión depende específicamente de los requisitos siguientes.

*a) Actividad administrativa que da lugar a la pretensión*

Como he apuntado antes, no hay en este supuesto acto administrativo impugnado, ni expreso, ni presunto. La necesidad de tutela judicial viene dada por la simple omisión del cumplimiento de la prestación debida. Lo que ocurre es que la ley no reserva para la sentencia final toda incidencia de esa circunstancia, sino que, para preservar la sola admisión de pretensión autónoma de condena al específico supuesto del art. 29.1, establece como causa de inadmisión la evidente falta de fundamento de tal pretensión atendidos los términos del acto de interposición y las normas aplicables (art. 51.3, párrafo segundo). La inadmisión por esta causa no excluye la admisión de la clase más general de tutela judicial estudiada al principio.

*b) Plazo de interposición.*

El acto de iniciación del proceso puede realizarse en cualquier momento, mientras el derecho a la prestación correspondiente no se hubiera extinguido por prescripción o, en su caso, por caducidad. Aun ha de

precisarse que, en el supuesto de prescripción, debe hacerse valer por la parte demandada y no da lugar a la inadmisión, sino a la desestimación en sentencia.

Si se hubiera formulado la reclamación a la que se refiere el art. 29.1 el plazo para el acto de iniciación es de dos meses a contar desde el transcurso de los tres meses sin que la Administración haya cumplido o llegado a un acuerdo (art. 46.2). El problema sigue siendo aquí si ya no podrá instarse la tutela judicial del derecho a la prestación -a pesar de no haber prescrito este derecho- si ha caducado el plazo de interposición en caso de haberse formulado reclamación. La respuesta afirmativa es tanto más insatisfactoria cuanto que, omitiéndose la reclamación, no hay razón para dudar de que la posibilidad de tutela se mantiene sin otro límite temporal que la prescripción o caducidad del derecho mismo.

### *B) El requisito de la legitimación*

En el supuesto del apartado 1 del art. 29, habida cuenta de que se trata de obtener condena al cumplimiento de una obligación de prestación concreta en favor de persona o personas determinadas, sólo está legitimado el titular (el que se afirme titular) del correspondiente derecho o quien tenga una legitimación por sustitución. Corroborra este criterio el propio art. 29.1 - "quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar..."- y la causa de inadmisión del art. 51.3, párrafo segundo: "ausencia de obligación concreta de la Administración *respecto de los recurrentes*" (la cursiva es mía).

En el supuesto del apartado 2 -de cuyos problemas nos ocuparemos después- sirven todas las modalidades de legitimación, según su ámbito de aplicación.

### *C) Requisitos de estimación de la pretensión.*

La estimación de la pretensión dependerá de que la actuación de la Administración, consistente en omitir el cumplimiento de las obligaciones de las características prevista en el art. 29.1, "incurriere en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder" (art. 70.2). Esto comporta la realización de unos juicios de hecho y de derecho relativos a los hechos determinantes del nacimiento para la Administración de una obligación en favor de persona determinada, a la justificación jurídica correspondiente que hace que tales hechos tengan ese efecto jurídico, y, en

fin, a la ausencia de hechos impeditivos, extintivos y excluyentes respecto de los anteriores hechos constitutivos.

Aunque las Administraciones tiene deberes de actividad jurídica y de actuaciones materiales de características diferentes a los considerados por el art. 29.1, este artículo establece las características de los que permiten obtener una tutela judicial de condena, no relacionada con previo pronunciamiento de anulación. Los criterios de referencia para fijar tales características son el acto constitutivo de la obligación, la calidad de la prestación y la calidad de los titulares del derecho a la misma.

*a) Actos constitutivos de la obligación de prestación*

El art. 29.1 se refiere a diversas clases de actos jurídicos. Incluso la referencia a la disposición general y al contrato harían más propio utilizar una expresión diferente a la de acto, para comprender la disposición normativa y el negocio jurídico. Pero, en cualquier caso, es claro que la petición de tutela judicial prevista en este precepto no es admisible si la obligación de prestación tiene origen en un hecho jurídico, como ocurre en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración y, en general, para las consecuencias derivadas de actos o actuaciones lesivos de derechos e intereses legítimos. En estos supuestos procede la tutela judicial general.

Sin olvidar la puntualización de entrada, los actos son los siguientes.

1º) Disposición general que no precise de actos de aplicación.

Bajo la LJCA de 1956 y para la impugnación directa de reglamentos por particulares se utilizaba esta cláusula como determinante de la legitimación para impugnar del particular (art. 39.3 LJCA 1956). Jurídicamente aquí el significado es el mismo, sólo que la disposición en vez de tener efecto desfavorable, tiene efecto favorable y, además, especificado en una prestación concreta en favor de persona o personas determinadas. Este supuesto será de infrecuente aplicación, porque así como son frecuentes los supuestos de normas que deben ser cumplidas directamente -respecto de las que la reacción administrativa aparece ya como sanción por el incumplimiento-, no lo son los de normas favorables que, con su sola disposición, dejen determinados la prestación y el beneficiario <sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Posibles ejemplos con problemas: según el art. 18.1, g de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, los vecinos tiene derecho a exigir la prestación y el establecimiento del correspondiente

## 2º) Acto administrativo.

El acto administrativo que crea o reconoce situaciones favorables para su o sus destinatarios puede posibilitar, con más frecuencia, la clase de tutela prevista por el art. 29.1, por el grado de especificación de los efectos jurídicos y de sus destinatarios. Los ejemplos son aquí más fáciles: la concesión de una subvención, una resolución reconociendo crédito en favor de contribuyente por impuestos cobrados indebidamente, resolución en sentido de reposición de servicios en tras la ocupación temporal de inmueble, resolución de nombramiento como funcionario de la que deriva el deber de la Administración de dar posesión si se acreditan los requisitos necesarios, resoluciones acordando la reversión de bienes expropiados.

No obstante la gran cuestión sigue siendo la calidad de la prestación, dado que no hay que confundir efecto jurídico favorable con derecho a una prestación concreta -lo segundo es una modalidad de lo primero-. Y en cuanto a los destinatarios existe la posibilidad de que el acto “tenga por destinatario a una pluralidad indeterminada de personas” (art. 59.5, a LRJAPPAC), con lo que no se cumpliría el requisito de la “persona o personas determinadas”.

## 3º) Contrato administrativo.

Obligaciones derivadas de los contratos administrativos (art. 5.2 y art. 7 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), no de otros contratos sujetos en su preparación y adjudicación a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas (arts. 2, 5.3 y art. 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), porque la competencia genérica del orden judicial administrativo no se extiende a las pretensiones de condena para cumplimiento de las obligaciones contractuales, sino sólo al control de la conformidad a Derecho de los actos de preparación y de adjudicación (art. 2, b).

La determinación de la prestación y del titular del derecho a recibirla - exigidos por el art. 29.1- no presentarán problemas, por regla general, porque

---

servicio público si es una competencia municipal de carácter obligatorio en los términos del art. 26 de la misma ley; la cuestión radica en determinar hasta que punto el art. 26, y sólo él -es decir, sin actos administrativos para su cumplimiento- configura prestaciones concretas en favor de personas determinadas. El art. 68 del Texto Refundido de la Ley de funcionarios civiles del Estado establece que los funcionarios tendrán derecho, durante cada año completo de servicio activo a unas vacaciones retribuidas de un mes; pero dejando a un lado las necesidades de verificación de datos que afectan a la determinación del titular de tal derecho -si ha estado o no en activo un año completo-, queda el problema de la concreción de esa prestación (mixta de hacer y de dejar hacer) en el sentido de en qué momento deberá ser cumplida.

“las distintas categorías de los llamados en nuestro Derecho contratos administrativos tienen una equivalencia estructural exacta (y, más claramente aun, funcional) en los módulos contractuales establecidos en el Derecho Privado”<sup>29</sup>, de modo que la determinación de las prestaciones y la eficacia subjetiva del contrato darán base, normalmente, para el cumplimiento de aquellos requisitos. En cuanto a la determinación del titular del derecho a la prestación hay que tener en cuenta, en su caso, las normas sobre cesión de contratos (art. 115: será necesaria la autorización de la cesión por el órgano de contratación y la formalización en escritura pública).

#### 4º) Convenio administrativo.

Esta clase de actos no son, como los contratos, un instrumento jurídico para el intercambio de bienes y servicios, sino técnicas -en buena medida aun carentes de consideración normativa general- para el ejercicio concordado de las competencias administrativas -si se trata de convenios entre Administraciones Públicas, regulados entre otros por los arts. 6 al 9 LRJAPPAC, art. 57 Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, art. 70 Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local- o para el ejercicio de dichas competencias respecto de los administrados contando con el acuerdo o aceptación de estos (Ejemplos: convenio expropiatorio -art. 24 LEF-; contratos-programa con empresas que reciben subvenciones con cargo a los presupuestos generales del Estado -art. 91 LGP-; terminación convencional de procedimientos administrativos -art. 88 LRJAPPAC).

En este supuesto renacen, atendido el contenido de los convenios a diferencia de los contratos, los problemas que se apuntaron al considerar el acto administrativo como acto constitutivo. Incluso en los casos en los que el convenio define prestaciones concretas, el requisito necesario para el nacimiento del derecho a la prestación no concurre si puede interpretarse que la realización de esta se subordina a las disponibilidades presupuestarias.

#### *b) Calidad de la prestación: prestación concreta.*

La impronta restrictiva de esta modalidad de tutela se percibe al exigir el art. 29.1 que la obligación de prestación, constituida o reconocida por los actos anteriormente mencionados, tenga la calidad de concreta.

---

<sup>29</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Curso, I, 1993, páginas 646.

Como la prestación, como objeto de la obligación, precisamente no es una entidad abstracta, sino una actuación del deudor apta para satisfacer un interés práctico del acreedor <sup>30</sup>, al enfatizar el precepto el carácter concreto de la prestación, esa referencia hay que entenderla como una especial exigencia de determinación de la prestación y de exigibilidad actual de la misma según el acto constitutivo.

En principio la prestación puede ser de cualquiera de las clases consideradas en Derecho de las obligaciones: de dar (cosas muebles, cosas inmuebles, específicamente dinero), de hacer (fungible o infungible, un resultado o una actividad), de no hacer (también en el sentido de tolerar o dejar hacer). En términos de Derecho privado bastaría con indicar que es requisito de la prestación ser determinada o determinable <sup>31</sup>. Este requisito, como he indicado antes, se acentúa en la configuración de esta modalidad de tutela, aunque de un modo no suficientemente definido, en el que vamos a intentar profundizar.

Surge la duda sobre si la emisión de un acto administrativo puede ser una de las manifestaciones de la prestación consistente en un hacer. La respuesta en términos generales de contenidos posibles de las prestaciones de hacer podría ser afirmativa. Pero a los efectos de la modalidad de tutela configurada por el art. 29.1 debe ser negativa, porque, en caso contrario, la obligación de prestación no se fundaría directamente en la disposición, acto, contrato o convenio -como requiere aquel artículo-, sino que resultará necesario un acto administrativo adicional.

El anterior argumento completa y aclara la exigencia de especial determinación de la prestación. Para autorizar directamente la tutela judicial mediante condena, la ley requiere que la prestación esté determinada sin necesidad de un acto intermedio en el que la Administración deba ejercer potestades de constatación de hechos y, menos aun, potestades de apreciación y aplicación de conceptos indeterminados o potestades discrecionales. Esta consideración dificulta estimar comprendidas en el art. 29.1 las pretensiones relativas al establecimiento de servicios municipales legalmente obligatorios.

---

<sup>30</sup> DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, página 435.

<sup>31</sup> DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, página 482 y siguientes; GARCÍA AMIGO, *Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid, 1995, páginas 489-493.

Las únicas actuaciones posteriores a los actos (en sentido amplio) constitutivos de la obligación deben ser precisamente las necesarias para el cumplimiento de la prestación (por ejemplo, los actos de gestión económico-presupuestaria hasta el pago de tesorería).

*c) Calidad del destinatario de la prestación.*

La segunda cláusula restrictiva que introduce el art. 29.1 es la de que la prestación venga establecida “en favor de una o varias personas determinadas”.

Aparte de ciertos deberes de prestación perfectamente concretos que no están establecidos en favor de ninguna persona en especial <sup>32</sup>, esta específica restricción parece excluir que esta modalidad de tutela sea admisible para imponer el establecimiento de servicios públicos y el concreto acceso a los establecidos, dado que los servicios públicos no se establecen en favor de personas determinadas, sino de los usuarios en general, y, en algunos de tales servicios, el acceso concreto a los mismos depende de las reglas de organización del servicio, de modo que sólo con la aplicación de las mismas se adquiere derecho a su prestación concreta (por ejemplo, los servicios docentes públicos o privados concertados) <sup>33</sup>.

*d) Ausencia de hechos impeditivos, extintivos y excluyentes.*

La estimación de la pretensión dependerá también de la no concurrencia -de que no hayan sido introducidos en el proceso y probados en él- de hechos impeditivos, extintivos y excluyentes.

En cierto modo esta observación es asistemática. En los procesos en los que se insta la modalidad más general de tutela judicial no ocurre nada diferente en cuanto a la trascendencia de aquellas clases de hechos sobre la

---

<sup>32</sup> Obligación de los Ayuntamientos de eliminar en plazo determinado la separación física de los antiguamente llamados cementerios civiles (DT 1ª Ley 49/1978, de 3 de noviembre).

<sup>33</sup> En la jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial de la Administración son frecuentes los casos de la misma por omisión de la prestación o de la prestación debida del servicio (GÓMEZ PUENTE, *Responsabilidad por inactividad de la Administración*, en Documentación Administrativa, números 237-238, enero-junio 1994, páginas 180-200. lo que denota que si bien la posición jurídica del usuario no se considera suficiente para otorgar una tutela mediante condena a prestación en forma específica, si lo es para una condena a indemnización si un derecho o un interés legítimo suyo ha sido lesionado. La idea parece que sea: no tiene derecho a que el servicio le sea prestado y de un modo determinado, pero si sus derechos o intereses son afectados por la falta de prestación o defectuosa prestación, esta afectación es indemnizable.



estimación de la pretensión. Pero lo cierto es que respecto a la pretensión procesal de anulación resulta problemática la cuestión de las relaciones entre la carga de accionar y las cargas de la alegación y de la prueba de los hechos relevantes para el sentido del pronunciamiento. Seguramente la solución correcta es la de no equipararlas, pero en la práctica la cuestión se plantea vivamente. En la modalidad de tutela que ahora consideramos la causa petendi y los hechos constitutivos viene dados por los actos (en sentido amplio) que presenten las características establecidas en el art. 29.1. Con fundamento en ellos el actor pretende la condena de la Administración, de manera que las cargas de alegación y de prueba aparecen de entrada similares a las de un proceso civil.

Sin perjuicio de las especialidades que introducen los poderes instructorios del tribunal en el proceso administrativo, la Administración tendrá la carga de alegar y de probar los hechos determinantes de la nulidad del acto (en sentido amplio) o que lo ha anulado de oficio en vía administrativa (art. 102 LRJAPPAC). Si el acto (en sentido amplio) sólo está afectado de vicios determinantes de anulabilidad, en cuanto es acto favorable, la Administración habrá de declarar su lesividad (art. 103 LRJAPPAC) e instar judicialmente la anulación. La nueva LJCA sigue sin reconocer la admisibilidad de la reconvención, de modo que para tratar adecuadamente la situación apuntada habrá que explorar las posibilidades de acumulación.

Lo acabado de decir ya deja planteado el problema de si las potestades que la Administración ordinariamente ejercería mediante autotutela y con posterior impugnación jurisdiccional por el afectado (por ejemplo: modificación de los contratos administrativos, suspensión de los mismos, aplicación de las causas de resolución de los contratos por el órgano de contratación), pero que frente a una pretensión procesal de condena directa, desarrollan una función estrictamente defensiva, podrán hacerse valer como tales defensas dentro del proceso que tenga por objeto aquella pretensión o lo que en éste deberá hacerse es alegar, por parte de la Administración, su ejercicio extraprocesal, que será jurisdiccionalmente controlado en el propio proceso sobre la pretensión de condena. Una tercera solución es el proceso separado y después acumulado.

#### *D) Contenido de la estimación de la pretensión.*

La petición de tutela que se formula mediante esta pretensión procesal es la característica de toda pretensión de condena: que se declare la existencia

del derecho a la prestación concreta y que se imponga a la Administración el cumplimiento de la misma (art. 32.1).

No cabe en este supuesto plantear problemas respecto de la eficacia del pronunciamiento de condena para imponer a la Administración que actúe de acuerdo con la prestación debida, porque el contenido y circunstancias de esta prestación están ya predeterminados en las disposiciones, actos, contratos y convenios administrativos que han constituido el deber de prestación (“que se condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas”, dice el art. 32.1).

Sin duda en este supuesto puede quedar para el proceso de ejecución la determinación de las técnicas específicas para producir el cumplimiento de la prestación, y -para el caso de que por causas legales o de hecho, sobrevenidas a la constitución del deber de prestación, el cumplimiento fuera imposible- la determinación del *id quod interest* y la condena al pago de la indemnización. Lo segundo puede hacerse en el proceso de declaración acumulando eventualmente las pretensiones.

*E) El supuesto especial de pretensión procesal (autónoma) de condena por no ejecución de actos administrativos firmes.*

Resulta problemática la consideración separada en el apartado 2 del art. 29 de la pretensión por causa de una modalidad específica de inactividad, la de no ejecutar los actos administrativos firmes. Es problemática porque, de entrada, parece reiterativa de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo, que ya considera la inactividad en el cumplimiento de un acto administrativo en virtud del cual la Administración está obligada a realizar una prestación concreta en favor de alguien. No tiene objeto reiterar la norma con diferentes requisitos previos (menor plazo en caso de reclamación previa) para disponer que -además de la tutela judicial directa mediante condena- es adecuado un procedimiento ordinario facilitado, como el procedimiento abreviado.

Una solución razonable de ese problema es considerar el apartado 2 del artículo 29 como una ampliación de los supuestos en los que puede instarse una tutela judicial directa mediante condena.

En efecto, el apartado 2 del art. 29 no se refiere a un acto administrativo constitutivo de un deber de prestación en favor de personas determinadas, de modo que, además, sólo éstas están legitimadas para la correspondiente tutela de condena por inactividad. Ese es el contenido del apartado 1 del artículo. El

del apartado 2 es más genérico. Se refiere a todo acto administrativo firme, del que deriven deberes de actuación de la Administración aunque no tengan acreedor o acreedores determinados, y faculta a los afectados -entendiendo por tales a los tal vez sólo tienen un interés legítimo- para que insten tutela judicial mediante condena a las actuaciones de cumplimiento del acto.

Aun con la anterior explicación quedan planteadas dos cuestiones importantes.

1ª) La adecuación del procedimiento abreviado para el supuesto del apartado 2, pero no para el supuesto del apartado 1, es absurda. ¿Por que razón habría de ser de mejor condición el titular de un interés legítimo afectado favorablemente por un acto administrativo firme, que el titular de un derecho a prestación concreta reconocido por un acto administrativo firme?.

Este absurdo es atribuible al modo de introducción del apartado 2 en el curso del procedimiento legislativo. Se introdujo sin atender a sus repercusiones sistemáticas, como puede observarse constatando que el nuevo supuesto no fue considerado a efectos del régimen de inadmisión del art. 51.3, párrafo 2, y, más gravemente, fue olvidado al regular en general la adecuación del procedimiento abreviado, limitado, según el art. 78, sólo a los asuntos de la competencia de los Juzgados, pero que, por la regla especial del art. 29.2, será ahora adecuado con independencia de la competencia objetiva<sup>34</sup>.

Para evitar este absurdo puede concluirse por analogía y *a fortiori* que las pretensiones del apartado 1 del art. 29 también tienen como adecuado el procedimiento abreviado. En todo caso en el supuesto de obligaciones de prestación constituidas o reconocidas en un acto administrativo, porque este supuesto está estrictamente comprendido también en el apartado 2.

2ª) El supuesto del acto administrativo firme frente al que se ha inadmitido o desestimado una pretensión en proceso administrativo.

La duda consiste en si los legitimados podrán instar directamente tutela judicial ejecutiva, al amparo de que el art. 104 no distingue, a efectos de acceso a la ejecución forzosa, el sentido estimatorio o no de los pronunciamientos de la sentencia, o si habrán de instar la tutela declarativa de condena prevista en el art. 29.2.

---

<sup>34</sup> XIOL RÍOS, BARDAJÍ PASCUAL, *Cincuenta notas de urgencia*, en Actualidad Jurídica Aranzadi, 14 de enero de 1999, página 4.

Esta duda es infundada si la necesidad de tutela judicial ejecutiva se entendiera bien, porque si la sentencia es desestimatoria no es necesaria otra potestad ejecutiva que la que ya tenía la Administración antes del proceso. Pero ante el riesgo de que aquel malentendido se produzca <sup>35</sup>, hay que puntualizar que la duda solo cabe plantearla respecto de quienes han sido partes en el proceso de declaración y, por analogía, respecto de quienes se hallen en los supuestos de extensión de los efectos ejecutivos de la sentencia (art. 110).

### **5.- La pretensión autónoma de condena por actuación de la Administración constitutiva de vía de hecho**

Esta modalidad de tutela judicial igualmente arranca de la no necesidad de la anulación del acto o de la disposición administrativa, pero en este supuesto por la simple razón de que ese acto o disposición no “existen”, siendo así que deberían existir precisamente para la legitimidad -como mínimo inicial e interina- de la actividad que, de hecho, ha acometido la Administración.

Esta modalidad de tutela judicial no representa una innovación radical, pero sí un cambio importante en el régimen de la tutela judicial facilitada, que siempre se había entendido que debía estar disponible en favor de quien resultaba afectado en sus derechos e intereses legítimos por una actuación de la Administración Pública que prescindiera manifiestamente de las normas de competencia y de procedimiento que permiten identificar una actuación administrativa. En tal caso el ordenamiento entendía que la Administración perdía sus privilegios procesales y podía ser directamente demandada, incluso ante la jurisdicción civil (y los titulares de sus órganos ante la jurisdicción penal) y por cualquier vía procesal adecuada, incluidas aquéllas que posibilitan dar una tutela más rápida y técnicamente sumaria, como los interdictos.

La tutela privilegiada frente a las vías de hecho encontró, sin embargo, importantes problemas de efectividad. Era muy útil si podía utilizar procesos

---

<sup>35</sup> Véase, por ejemplo, *Comentarios Aranzadi*, páginas 857-858.

interdictales o asimilados (p. ej., el proceso especial del art. 41 de la Ley Hipotecaria), pero si estos no eran adecuados o no eran indudablemente adecuados -pienso que principalmente a causa de que los derechos afectados no fueran derechos reales sobre inmuebles o cualesquiera de los otros límites problemáticos de la protección posesoria<sup>36</sup>-, el acceso a la jurisdicción civil no suponía mayor efectividad de la tutela puesta a disposición, porque los procesos eran igualmente lentos y no había un sistema de tutela cautelar completo y con una práctica judicial asentada de esta última clase de tutela

La fuga del proceso civil en busca de una tutela privilegiada y efectiva frente a las vías de hecho tuvo una buena oportunidad con la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. La garantía jurisdiccional administrativa, además de un procedimiento simplificado para el proceso de declaración, incluía un régimen de suspensión de la actuación de la Administración muy beneficioso para el recurrente, de modo que era preferible demandar por vías de hecho contra derechos fundamentales ante los tribunales del orden judicial administrativo<sup>37</sup>.

La nueva LJCA ha completado el camino en esa dirección. La competencia genérica de los tribunales administrativos se afirma respecto de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación (no sólo con los actos y disposiciones) de las Administraciones públicas sujeta a Derecho Administrativo (art. 1.1) y el proceso administrativo es admisible “contra sus

---

<sup>36</sup> Aunque siempre ha habido intentos de una concepción amplia, la opinión más segura “límite a los derechos reales el ámbito de la posesión, basándose en que estos derechos son durables y recaen sobre cosas materiales”, mientras que es más dudoso que pueda hablarse en rigor de posesión de derechos de obligación -tal vez posible respecto a aquellos que generan una apariencia externa de su existencia-, de estados, cargos o situaciones jurídicas o de bienes o derechos incorporales. Véase DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Madrid, Editorial Tecnos, 1978, páginas. 501-503, en las cuales se halla el párrafo entrecomillado antes transcrito; CORDÓN, *Algunas cuestiones sobre el interdicto de retener y recobrar la posesión*, Revista General de Derecho, 1993, páginas. 11649-11664.

<sup>37</sup> Así se admitió a pesar de la falta de referencia expresa a las vías de hecho: jurisprudencia del TS, entre otras, S de 4 de noviembre de 1982 (RA 6965), 3 de diciembre de 1982 (RA 7512) 4 de noviembre de 1987 (RA 7967) y 19 de diciembre de 1990 (RA 623). En este sentido la STS de 4 de noviembre de 1987 (RA 7967) declara: "Los recurrentes han acudido al proceso especial y sumario regulado en la Sección II de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, por entender que la actuación de la Diputación Foral de Vizcaya, al retirar las vallas publicitarias relacionadas con el escrito inicial del procedimiento y situadas a lo largo de la carretera CC-6318, de Bilbao a Reinosa, ha vulnerado el art. 24,1 de la Constitución. Se impugna por tanto, una supuesta actuación material, que se califica por los recurrentes de `vía de hecho`, que hay que estimar comprendida en la expresión de `actos de la Administración Pública` utilizada por el art. 6 de la Ley 62/1978, como también las `disposiciones administrativas`, en una interpretación sistemática de este precepto legal y de los arts. 41,2 43,1 y disposición transitoria segunda 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional".

actuaciones materiales (de las Administraciones públicas) que constituyan vía de hecho” (art. 25.2). La especial efectividad de la tutela que puede otorgarse en estos supuestos consiste en la precisa definición de los pronunciamientos condenatorios posibles y en un régimen muy adecuado de tutela cautelar que veremos en otro capítulo (art. 136: las medidas pueden obtenerse antes de la iniciación del proceso principal; deben concederse salvo evidente falta de vía de hecho y salvo grave perturbación del interés público).

Para el éxito de esta pretensión procesal es necesario que sea admisible y que esté fundada.

*A) Presupuestos de la admisión de la pretensión.*

a) Falta evidente de fundamento de la pretensión.

El art. 51.3 establece como causa de inadmisión la evidente falta de fundamento de la pretensión por vía de hecho, derivada tal evidencia de ser igualmente evidente que ha actuado el órgano competente y de conformidad con las reglas del procedimiento establecido. Es una nueva aplicación de la técnica de inadmisión por juicio de fondo desestimatorio que puede ser anticipado con seguridad sobre la base del acto de interposición y, en su caso, del expediente. Pero no se trata de que el actor tenga la carga de ofrecer un *fumus* de vía de hecho. Es el *fumus* reforzado de la ausencia de tal vicio lo que hace inadmisibile *a limine* esta modalidad de tutela judicial.

b) La admisión de la pretensión depende también de la competencia genérica del orden judicial administrativo. En realidad este es un presupuesto procesal general. Pero entiendo que respecto de esta pretensión debía destacarse porque si la actuación informal de la Administración es debida precisamente a que, atendido el ámbito en el que se produce, no es una actuación sujeta a Derecho Administrativo, no procedería la tutela judicial específica frente a las vías de hecho, sino las tutelas judiciales admisibles ante otros ordenes jurisdiccionales.

Aunque no hayan sido expresamente derogadas las disposiciones que autorizan la interposición de interdictos ante los tribunales del orden civil en caso de vías de hecho (arts. 52 y 125 LEF; 101 LRJAPPAC), no me parece correcto entender que continúan vigentes y que se tiene una facultad de elección entre esas modalidades de tutela y la específica que ahora ha configurado la LJCA. Desde que el art. 1.1 somete a la competencia genérica del orden administrativo las actuaciones de la Administración sujetas a

Derecho Administrativo, y no solo los actos administrativos, el carácter de *ius cogens* de esta norma competencial excluye tal facultad de elección.

c) Interposición del recurso dentro del plazo legal.

Si los actores son particulares el plazo es de veinte días desde que se inició la actuación administrativa en vía de hecho (art. 46.2) o de diez días desde la terminación de un plazo que tiene la Administración para contestar a un requerimiento de cesación facultativo que ha podido formular el particular (art. 46.2 en relación con el 30).

El *dies a quo* del plazo está fijado con claro criterio restrictivo. No se ha considerado, por ejemplo, que el plazo transcurra desde cualquier momento mientras subsista la actuación material constitutiva de vía de hecho. Ahora bien, en el caso de que se opte por formular el requerimiento no se establece plazo para ello, por lo que podría sostenerse que si se formula el requerimiento de cesación mientras la actuación de hecho se mantenga y no haya concluido, se recupera la posibilidad de recurso perdida si hubiera que atender al plazo de veinte días desde el inicio de la actuación.

Si se trata de procesos entre Administraciones públicas el plazo es de dos meses desde el comienzo de la actuación material en vía de hecho (art. 46.6 en relación con el apartado 3 o desde la respuesta negativa, expresa o presunta, al requerimiento facultativo que la Administración actora puede formular según el art. 44, requerimiento que, esta vez, sí que tiene el plazo de dos meses “desde que la Administración requirente hubiera conocido o podido conocer...(la) actuación”.

B) *El requisito de la legitimación.*

Se requiere alegar un derecho o un interés legítimo afectados, porque, en otro caso, estaríamos ante una acción popular general en caso de vías de hecho, lo que no tiene fundamento.

Sin embargo también es preocupante la exclusiva referencia al “interesado” en el art. 30, porque lo correcto sería y es entender que, en aquellas materias en las que el ordenamiento ha optado por establecer la acción popular, autorice a los legitimados por ésta a instar la tutela judicial frente a vías de hecho.

C) *Los requisitos de estimación de la pretensión.*

La pretensión será estimada si concurren o dejan de concurrir los hechos determinantes del supuesto legal de una vía de hecho.

No hay norma expresa acerca de qué vicios o la ausencia de qué requisitos ha de presentar la actuación administrativa para merecer aquella calificación. Las referencias legales son indirectas, en el sentido de que disponen que una actuación administrativa a la que falten determinados requisitos -generalmente, competencia y procedimiento establecido- quedará expuesta a la tutela interdictal (arts. 52.6<sup>a</sup>, 125 LEF; art. 101 LRJAPPAC). Jurisprudencia y doctrina han intentado precisar el concepto, lo que influirá en el juicio sobre la estimación de la pretensión <sup>38</sup>.

Para la precisión de la figura jurídica de la vía de hecho me parece significativo lo dispuesto por el art. 51.3 que, como se dijo, establece como causa de inadmisión la evidencia de que la actuación administrativa se ha producido dentro de la competencia y de conformidad con las reglas del procedimiento establecido. Esas referencias me parecen determinantes aunque el precepto sólo regule la admisión, porque si desde el punto de vista jurídico-material pudiera haber vía de hecho por causas distintas a las de falta de competencia y de procedimiento, sería absurdo que, con sólo no concurrir los vicios respecto de esos dos requisitos, fuera inadmisibile la tutela de fondo frente a una vía de hecho consistente en otros vicios del acto.

Tanto la inadmisión como la desestimación de una pretensión por vía de hecho no produce cosa juzgada sobre otras pretensiones que puedan formularse frente al acto administrativo, dado que aquella pretensión sólo plantea la defensa del derecho o interés frente a una actuación nula por dos causas (falta de competencia, falta esencial de procedimiento) y no por otras causas de nulidad o de anulación. El objeto del proceso está, además, legalmente limitado a ello, de modo que con seguridad podemos hablar de un proceso sumario, en el que no procedería, por ejemplo, que el tribunal sometiera a debate motivos adicionales (art. 33), salvo que fueran sólo relevantes para apreciar la competencia y el procedimiento. Cosa distinta a

---

<sup>38</sup> Véanse las diversas aportaciones en SAINZ MORENO, *Defensa frente a la vía de hecho: recurso contencioso-administrativo, tutela interdictal y amparo*, en RAP, 1990, número 123, páginas 317-321; principalmente, LÓPEZ MENUDO, F., *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Madrid, 1988, páginas 111-170. Sobre los problemas que plantean los actos administrativos no procedimentalizados, AGIRREAZKUENAGA, I., *El acto administrativo no procedimentalizado*, en “El acto y el procedimiento”, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993, páginas 11-49.



que no haya cosa juzgada es que las pretensiones correspondientes se habrán de interponer dentro del plazo legal, a riesgo de caducar.

*D) Contenido de la estimación de la pretensión.*

La petición formulable en esta especial pretensión la determina el art. 32.2, con un triple contenido, en el que consiste la estimación de la pretensión.

La declaración de que la actuación material constitutiva de vía de hecho es contraria a Derecho, aunque debe advertirse que no cualquier disconformidad a Derecho (art. 70.1) permitirá la estimación de esta especial pretensión, sino solamente la que determine que aquella actuación material es una “vía de hecho”. Es cierto que, para tratar estas pretensiones, la ley no ha establecido un procedimiento especial, de modo que en el mismo procedimiento que corresponda (ordinario o abreviado) el actor podría acumular -en acumulación eventual- el planteamiento de una pretensión por vía de hecho y de una pretensión -digamos- ordinaria, tal vez buscando el, de entrada, mejor tratamiento de la primera en cuanto a tutela cautelar. Para esta acumulación será necesario agilizar el ejercicio de la pretensión ordinaria, para hacer coincidir su planteamiento temporal con el cumplimiento de los requisitos temporales más perentorios de la pretensión por vía de hecho.

En segundo lugar puede obtenerse el contenido más típico de esta pretensión que es el de cesación de la actuación de hecho de la Administración específicamente contraria a Derecho. Pueden suscitarse problemas respecto de si esta pretensión puede considerarse fundada cuando ya se hubiera consumado la actuación administrativa, porque siendo una pretensión de cesación carecería de objeto si ya no existiera actividad que hacer cesar. Sin perjuicio de los problemas que he apuntado al tratar del computo del plazo, entiendo que por ésta sola consideración no procedería inadmisibilidad de la pretensión por vía de hecho habida cuenta de la otra petición que autoriza el art. 32.2 que trataré a continuación. En cualquier caso si que creo que, en cuanto a este pronunciamiento específico (orden de abstención perfectamente definida en la sentencia), la actividad ejecutiva ha de ser inmediata (caso claro de aplicación del art. 104.3), lo que ha de suponer el ejercicio directo de las potestades del art. 112.

En tercer lugar puede también obtenerse que se adopten las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la situación individualizada -

afectada por la actuación en vía de hecho, y, en cuanto ello no sea posible de modo completo, se acuerde una indemnización de daños y perjuicios. Esto es lo que permite sostener que aunque la vía de hecho se hubiera “consumado”, continúa teniendo objeto esta tutela específica: también es objeto de ella la restitución de las cosas a su estado anterior o la indemnización por no poder hacerlo. Sobre las medidas para el cumplimiento de los deberes de hacer, de tolerar o dejar hacer o de dar (restituir) cosas determinadas o dinero hay que remitirse a lo que se expuso al tratar de las pretensiones relativas a las consecuencias derivadas de la anulación de actos administrativos.

## Parte segunda

### Cuestiones problemáticas sobre la amplitud de la potestad jurisdiccional declarativa

#### 1.- Introducción.

Según expresa el art. 117.1 CE los jueces “están sometidos únicamente al imperio de la ley”.

Referir la sujeción del juez sólo a la ley, en cuanto la excluye respecto de otras normas escritas no emanadas del Poder Legislativo, es indudablemente exacto como se observa al considerar la potestad de control de la legalidad de disposiciones reglamentarias.

Pero, en otro sentido esta referencia a los parámetros que deben regir las decisiones judiciales es demasiado restrictiva.

De entrada el art. 9.1 CE dispone que “los poderes públicos está sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Esta vinculación afecta al juez en cuanto titular de un poder público. Consiguientemente, el juez está sometido, incluso con preferencia respecto de la ley, a la Constitución, dejando de momento a un lado la cuestión de la aplicación específica que los jueces ordinarios pueden hacer de la Constitución.

También al resto del ordenamiento jurídico. Esta expresión complementa la referencia a la ley, permitiendo, en primer término, entender incluidas entre las normas que vinculan al juez, la costumbre que reúna los requisitos del art. 1.3 CC y los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente en España (art. 96 CE y art. 1.5 CC). Pero el alcance de esta expresión es más amplio porque, al igual que con la determinación del art. 20.3 de la Constitución de Bonn sobre la sumisión de los jueces “a la ley y al Derecho”, se ha querido con ella matizar una concepción estrictamente legal-positivista del Derecho, dando entrada a unos principios jurídicos no siempre formalmente expresados (aunque el texto constitucional enuncia muchos de ellos) que informan el ordenamiento jurídico como conjunto orgánico.

Los jueces ejercen su potestad jurisdiccional de juzgar “únicamente sometidos” a esos criterios rectores de su juicio y decisión. Mediante ello

satisfacen el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que es -en el estadio del proceso de declaración- el derecho a una sentencia de fondo, motivada y fundada en Derecho.

La Administración Pública tiene constitucionalmente asignado -bajo la dirección del Gobierno (art. 97 CE)- el fin de servir con objetividad los intereses generales, para lo que deberá ser ordenada con arreglo a ciertos principios funcionales (eficacia) y organizativos, y deberá actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE).

Consecuencialmente con esta sujeción de la actuación administrativa y con la potestad constitucionalmente atribuida a los tribunales, estos reciben también de la Constitución la potestad de controlar “la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican” Art. 106 CE).

En el proceso de declaración la función de la potestad jurisdiccional consiste en pronunciarse sobre la pretensión procesal, y en la medida de ésta (aunque, además, con la ampliación de oficio para la que apodera al juez el art. 33.2 y 3), sobre la disposición, actuación o acto administrativos, aplicando como regla de juicio para emitir ese pronunciamiento el conjunto del ordenamiento jurídico (art. 70).

El ordenamiento jurídico, y tanto más la parte del mismo que comprende la ordenación específica de la actuación de las Administraciones Públicas, no está compuesto sólo por normas jurídicas de la estructura más simple. Normas del tipo de aquéllas que a un supuesto de hecho integrado por una descripción de acaecimientos de la realidad, anudan una consecuencia consistente en una determinación descriptiva de lo que deberá ser hecho si se constata, procesalmente, que en la realidad se han dado los hechos descritos en el supuesto.

En primer término, hay normas cuyo supuesto de hecho está compuesto por elementos que no son descriptivos de hechos de la realidad, sino apreciaciones de la realidad. Tales apreciaciones, expresadas de modo sintético en los términos utilizados en la disposición, pueden ser, en unos casos, jurídicas (dolo, culpa, negligencia), pero, en otros y sobre todo en los más problemáticos, son apreciaciones que corresponden a criterios científicos y técnicos -dentro de éstos con toda la variedad experimentada por el progreso del conocimiento humano: ciencias puras, experimentales,

biomédicas, socioeconómicas, aplicaciones técnicas de las mismas-, estéticos y éticos. También puede darse el caso de que la consecuencia jurídica se diseñe con referencia a elementos de esa misma naturaleza, de modo que la concreción de aquella no es tan simple como seguir un modelo preciso de actuación. Este tipo de normas y los específicos problemas de su aplicación se encuentran también en el Derecho Privado y en el Derecho Penal.

En segundo término -y esto ya es más peculiar del Derecho Administrativo- la Administración tiene encomendadas por el ordenamiento potestades de decisión y de actuación que ha de ejercer -decidir ejercer, no ejercer o modular el ejercicio- con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Las normas que rigen esas potestades de la Administración tienen, en unos casos, la estructura de la regla de derecho más simple (supuesto de hecho y consecuencia jurídica descriptivos), en otros, manteniendo esa estructura, contienen entre sus componentes elementos de la naturaleza de los que han quedado dichos. Para decidir sobre el ejercicio de la potestad, la Administración ha de verificar si concurren los hechos descritos en el supuesto de hecho de la norma y dar lugar a la actuación según la consecuencia jurídica descrita. Pero cuando están presentes componentes no descriptivos ha de apreciar -atendidos los datos relevantes- si debe darlos por concurrentes en el caso concreto, o, si tales componentes afectan a la consecuencia jurídica, disponer esta última de modo ajustado a los mismos.

En otros supuestos, las normas atribuyen potestades a la Administración sin imponerle su ejercicio ante ciertos supuestos, sino autorizándola a ejercerlas si, cuando y en la medida en que lo estime oportuno, aunque con límites normativos de acotamiento del ámbito sobre el que pueden proyectarse y finalidad que han de perseguir.

De modo más realista habría que decir que, como raramente la Administración actúa con sujeción a una sola norma, en el conjunto de normas que deben ser aplicadas para decidir sobre el ejercicio de una potestad administrativa existen normas de todas o, en todo caso, de más de una de las clases anteriores.

La existencia -e, incluso, proliferación- de normas tanto de contenidos imprecisos, como de carácter no preceptivo de las actuaciones reguladas, no obedece a un defecto del ordenamiento, a una especie de ineptitud para completar todas las previsiones de regulación. Ciertamente toda ordenación

preestablecida tiene el límite de no poder prever absolutamente todos los acaecimientos futuros, y, consecuentemente, de no poder preestablecer un tratamiento adecuado. Pero si, además, la materia objeto de tal regulación presenta una gran complejidad -en el sentido de la magnitud y la diversidad de los datos relevantes- y evoluciona y se modifica de modo acelerado, aquel límite se hace más notable y también más necesarios los instrumentos para que el ordenamiento pueda seguir actuando sobre la materia en cuestión. Este es el caso de la materia regida por el Derecho Administrativo. El fin, constitucionalmente encomendado a la Administración, de servir con objetividad los intereses generales, actuando de acuerdo con el principio de eficacia, requiere que las normas le dejen unos ámbitos de apreciación y de decisión no cerrados mediante una más apurada precisión de las propias normas, para que pueda atender más adecuadamente a la variedad y a la rápida mutación de los intereses que deben ser servidos.

En términos muy genéricos se podría calificar globalmente esta actuación de la Administración con sujeción a normas imprecisas, como discrecionalidad de la Administración.

Toda actuación de la Administración puede ser sometida a los tribunales mediante pretensiones procesales en petición de tutela judicial declarativa, en las variadas modalidades que ésta presenta, según lo expuesto en el tema anterior.

Históricamente y en la actualidad está abierta cuestión sobre la amplitud de la potestad de enjuiciamiento del órgano jurisdiccional, especialmente sobre si la discrecionalidad que las normas confieren a la Administración, supone un límite al enjuiciamiento jurisdiccional de los componentes del acto o disposición amparados por tales normas.

Es frecuente presentar este asunto como un fenómeno de avance progresivo hacia la plenitud del enjuiciamiento jurisdiccional de la actuación de la Administración Pública. Al servicio de este objetivo se habrían puesto diversas técnicas de reducción de la discrecionalidad, unas son de creación legal, pero las más han sido configuradas por la jurisprudencia con la colaboración de la doctrina científica.

De un modo más objetivo -y presupuesto que la discrecionalidad *per se* no infringe el ordenamiento jurídico, de modo que no es ningún objetivo acorde con éste reducirla progresivamente hasta un punto hipotéticamente

óptimo en que dejaría de existir- lo que debe plantearse es la amplitud y el alcance debidos del enjuiciamiento jurisdiccional de las actuaciones de la Administración Pública, incluidos los componentes discrecionales de tales actuaciones.

En este sentido, debe partirse de la base de que la potestad jurisdiccional declarativa respecto de las actuaciones de la Administración se configura constitucional y legalmente como una potestad de enjuiciamiento pleno. Dicho está con esto que no hay ninguna actuación administrativa que, por considerarse discrecional en su totalidad, esté exenta de ser sometida a enjuiciamiento jurisdiccional. Esto no ocurre ni siquiera con actos con un gran componente de discrecionalidad, incluso no sujetos al Derecho Administrativo, es decir, con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, respecto de los cuales los tribunales podrán proteger los derechos fundamentales a los que hayan afectado, enjuiciar la concurrencia de los elementos reglados y determinar, en su caso, las indemnizaciones procedentes en cuanto hayan producido daños a situaciones jurídicas de personas.

La disposición derogatoria, apartado 3 de la CE, en relación con los arts. 24.1 y 106.1 CE, ya antes de la nueva ordenación de la actual LJCA, había derogado las disposiciones que excluían la impugnabilidad de determinados actos. Estas disposiciones (art. 40, b, c, d y f, de la antigua LJCA -alguno de cuyos apartados ya se había derogado expresamente antes de la Constitución-, referido a actos de policía sobre prensa, radio, cinematografía y teatro, ascensos y recompensas militares por merecimientos contraídos en campaña y hechos de armas, resoluciones dictadas en expedientes gubernativos a militares; remisión de cierre a cualquier otra excepción legal) se fundaron, en su momento, precisamente en que tales actos eran expresión de potestades discrecionales.

En otros supuestos la excepción a la impugnabilidad no era absoluta, porque no se refería al acto final del procedimiento, pero sí a un acto del procedimiento, cuya inimpugnabilidad implicaba, de Derecho o por la fuerza de los hechos, una verdadera restricción del enjuiciamiento jurisdiccional de las actuaciones de la Administración.

Supuesto paradigmático era el de la exclusión de impugnación del acuerdo de necesidad de ocupación en el procedimiento de expropiación (arts. 22 y 23 LEF).

Si esta exclusión se entendía estrictamente, quedaban fuera de enjuiciamiento jurisdiccional la potestad de declarar la concurrencia de la utilidad pública legalmente prevista y, en concreto, respecto de los bienes afectados, e, incluso, la competencia del órgano y el procedimiento. Pero, incluso interpretada en el sentido de que no excluía la impugnación, sino que imponía una demora de la misma al momento en que se dictara resolución final del expediente expropiatorio (art. 126 LEF), el efecto de hecho de tal disposición era el de reducir la amplitud del enjuiciamiento jurisdiccional, porque, dado el estado avanzado del procedimiento expropiatorio, el resultado de aquel enjuiciamiento podía contrastar con situaciones de hecho (y, hasta entonces, con apariencia de derecho) consolidadas, y frenar, de hecho, la libertad de resolución del juez.

En este supuesto la posibilidad real de un enjuiciamiento jurisdiccional con el alcance debido -aunque sometido a las inseguridades generales sobre cuál debe ser ese alcance- existe desde que se entendió admisible la impugnación inmediata del acuerdo de necesidad de ocupación.

Cuestión diferente es que el enjuiciamiento jurisdiccional de las actuaciones de la Administración -prescindiendo ahora de su componente relativo a la valoración de la prueba, a la comprobación de la concurrencia de los hechos previstos por la norma aplicada- sólo puede realizarse con arreglo a Derecho, no según reglas de otra naturaleza o sin sujeción a reglas -es decir, según los criterios que el juez decida asumir en su sentencia-.

Si no se parte de la base de que Derecho es lo que dicen los jueces, sino algo que les trasciende también a ellos y a lo que están -sólo a ello están (art. 117.1 CE)- sometidos, las divergencias que, frecuentemente, se manifiestan en la doctrina acerca de si el enjuiciamiento de la actuación de la Administración es o no pleno con sujeción al ordenamiento jurídico, sólo pueden deberse a que, cuando se va más allá de la consideración de normas jurídicas con estructura más convencional, se mantienen diferentes concepciones sobre qué sea Derecho, en el doble sentido de si tienen o no naturaleza jurídica ciertas reglas que han de ser aplicadas para decidir por la Administración -y, por tanto, si los tribunales podrán enjuiciar o no cómo han sido aplicadas-, y de cuál sea el preciso contenido de ciertos componentes del ordenamiento característicamente imprecisos, como los principios generales del Derecho y las llamadas normas principales -y, por tanto, si los tribunales han errado o acertado al fijar el contenido de los mismos para aplicarlos al enjuiciamiento de una actuación administrativa-.



En los apartados siguientes estudiamos las diferentes técnicas de control de la discrecionalidad establecidas por la legislación, y sobre todo configuradas, con base en la Constitución y en la ley, por la doctrina jurisprudencial y científica. También los aspectos problemáticos, en la práctica jurisprudencial y en la teoría jurídica, que presentan algunas de las mismas. En este conjunto de cuestiones, aparentemente heterogéneo, se sustancia en definitiva la determinación de la amplitud y alcance debidos - consiguientemente, de la plenitud debida- del enjuiciamiento jurisdiccional de las actuaciones de la Administración Pública.

## **2.- Enjuiciamiento de los hechos relevantes (control de los hechos determinantes)**

Desde el campo del Derecho Administrativo se ha considerado tradicionalmente como una técnica de control de la discrecionalidad la que suele llamarse “control de los hechos determinantes”.

Esta técnica consiste en que los tribunales tienen potestad de comprobar si los hechos relevantes para el ejercicio conforme a Derecho de la actuación administrativa a la que se refiere la pretensión existen en la realidad y consisten en lo necesario para dar soporte a la aplicación de las normas que amparan la validez y eficacia de la actuación administrativa.

Este juicio jurisdiccional sobre la existencia de tales hechos no es más que uno de los componentes necesarios de la función de juzgar: determinar los hechos ciertos a los que habrá de aplicarse el Derecho para resolver sobre la pretensión. Desde el punto de vista de la potestad jurisdiccional, la posibilidad de que se lleve a cabo en el proceso contencioso-administrativo, no requiere otra justificación más que la de ser un componente necesario de la potestad de juzgar, puesto que ésta siempre lo es de juzgar casos concretos. Desde el punto de vista de las partes se funda en el derecho a los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE). Esas dos razones conducen a que en la LJCA se establezca “el recibimiento a prueba cuando exista disconformidad en los hechos y estos fueran de trascendencia, a juicio del órgano jurisdiccional, para la resolución del pleito” (art. 60.3) e incluso que “El juez o tribunal podrá acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto” (art. 61.1).

Es comprensible porqué se dice que el llamado control de los hechos determinantes es una técnica de control de la discrecionalidad, en el sentido de sometimiento de ésta a sus límites jurídicos. Sería, en efecto, tolerar una arbitrariedad burda vincular al tribunal a la determinación de hechos realizada por la Administración, porque ésta podría, mediante una versión de los mismos disconforme con la realidad, pero concluyente para dar base a la aplicación de las normas que justifican su actuación, impedir el enjuiciamiento jurisdiccional concreto de la juridicidad de la misma.

Pero su específica mención entre esas técnicas resulta también, en alguna medida, perturbadora, porque la convicción judicial de la certeza de los hechos relevantes para las normas jurídicas que deban ser aplicadas para el pronunciamiento sobre la pretensión es siempre necesario, sean esos hechos relevantes respecto de elementos reglados o discrecionales.

Cuestión algo distinta, y en la que no se puede profundizar en este momento, es la del alcance del derecho a la prueba en el proceso administrativo, en su configuración legal y en su aplicación judicial. La complejidad de la constatación de los hechos en algunos casos, unida a la preexistente y documentada actividad de comprobación de los mismos realizada en el procedimiento administrativo, pueden conducir a una realización en alguna medida menos intensa del derecho a la prueba dentro del proceso administrativo.

Existe cierta imprecisión doctrinal y jurisprudencial sobre el alcance de esta técnica de “control de los hechos determinantes” cuando se pretende que la misma sigue siendo aplicable en juicios en los que ya no está en juego la simple constatación de hechos, sino la valoración, ponderación o apreciación de los mismos, la verificación de la concordancia de una decisión con juicios técnicos existentes en el procedimiento administrativo o el examen de si la solución elegida es congruente o discordante con la realidad a la que se aplica. Estos aspectos del enjuiciamiento requieren partir de la constatación de hechos, pero su peculiaridad no consiste en evitar el riesgo de que la Administración elija los hechos arbitrariamente, sino en cómo se aprecian tales hechos y en cómo se actúa a partir de ellos. En definitiva nos remiten a otras técnicas de control de la discrecionalidad.

### **3.- Enjuiciamiento de la aplicación de las normas que establecen los elementos reglados**

No existen actuaciones administrativas sometidas únicamente a normas con componentes discrecionales en sentido amplio. En el régimen de una actuación administrativa concurrirán siempre normas con elementos reglados.

Respecto a estas normas, y presupuesto el resultado del juicio sobre los hechos que condicionan su aplicación, la potestad de enjuiciamiento tiene el alcance de interpretarlas, apreciar si las características de los hechos justifican su aplicación a los mismos, y aplicarlas estableciendo, en concreto, la consecuencia jurídica prevista por las mismas.

Las normas configuran como componentes reglados de las actuaciones administrativas la atribución de la potestad para realizarlas, la competencia del órgano, el procedimiento, comprendida la forma del acto final, el fin al que debe dirigirse la potestad, y pueden configurar como reglados cualesquiera otros componentes de la actuación.

#### **4.- El fin del acto como elemento reglado: la desviación de poder**

Una de las modalidades de infracción del ordenamiento jurídico es, ahora por disposición expresa del art. 70.2, la desviación de poder. Según ese mismo artículo se entiende por tal “el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”.

La potestad de los tribunales de examinar la desviación de poder fue expresamente formulada en nuestro Derecho con el art. 83.2 de la antigua LJCA. Cuenta con el refuerzo del art. 106.1 CE que encarga a los tribunales controlar el sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican.

Representa una técnica de examen de la conformidad a Derecho de la actuación de la Administración que va más allá de verificar si a determinados hechos constatados les corresponden las previsiones de hecho abstractas del supuesto de la norma y, por tanto, hacen procedente la aplicación de ésta. Aquella técnica parte del presupuesto de que la norma confiere diferentes potestades a la Administración para servir con cada una de ellas fines públicos específicos, por lo que no es válido el ejercicio de una potestad si se dirige a un fin distinto del que normativamente le corresponde. En eso consiste la desviación de poder.

La desviación de poder requiere intencionalidad en el apartamiento del fin público específico de la potestad ejercitada, aunque para la concurrencia

de esta infracción del ordenamiento basta con la constatación de ese apartamiento, sin que sea necesario constatar el fin diferente a cuyo servicio ha sido concretamente ejercitada la potestad.

Ese fin diferente no es necesario que sea ilícito o ilegal (intereses personales, partidistas, de grupo de presión). Existe también desviación de poder si el ejercicio concreto de la potestad va dirigido a un fin público lícito, si este fin no es el que establece la ley para el acto que se realiza.

Ejemplos: se subordina la expedición de una tarjeta de residente, que confiere un especial tratamiento en zonas de aparcamiento restringido -todo lo cual persigue el interés público de una mejor ordenación del tránsito-, al acreditamiento del pago del impuesto de circulación -interés público en recaudar tributos-; se reclasifican unos terrenos de urbanos a no urbanizables -lo que es legítimo en atención a diversos intereses públicos satisfechos por el planeamiento urbanístico- pero para crear argumentos en favor de un justiprecio más bajo en una posterior expropiación de los mismos.

Principalmente esta técnica se aplica a actos administrativos dictados en ejercicio de potestades discrecionales, porque permite profundizar en el examen de su conformidad a Derecho, al llevarlo más allá de la verificación de los elementos reglados externamente constatables.

Si se intenta aplicar a actos que son expresión de potestades regladas, nada añade a la anterior verificación. Si tales potestades se han ejercitado según la norma, lo habrán sido para el fin establecido por ésta. Si no se han ejercitado con arreglo a la norma, basta esto para la anulación, sin necesidad de examinar, además, si se ha eludido el fin legal.

La posibilidad de que la Administración incurra en desviación de poder ha de predicarse de los actos resolutorios, no de los de dictamen o informe, salvo si estos son, de acuerdo con el régimen del procedimiento, preceptivos y vinculantes, porque, en tal caso, condicionan el sentido del acto decisorio.

También puede darse en supuestos de inactividad de la Administración, en cuanto es posible la omisión intencionada del ejercicio de una potestad para eludir el fin público para cuyo servicio la norma atribuye determinada potestad.

Tampoco cabe excluir la posibilidad de una desviación de poder en el ejercicio de la potestad reglamentaria, pero hay que distinguirla de los

supuestos de simple infracción de la jerarquía normativa, que por si sola da lugar a la nulidad de la disposición de rango inferior (art. 62.2 LRJAPPAC).

Ejemplo: establecer una sola plaza del Cuerpo de Veterinarios en una localidad, con la finalidad de asegurar un más elevado nivel de ingresos del titular, siendo así que correspondían dos plazas con arreglo a los módulos establecidos por una disposición de rango superior.

No me parece criticable que el motivo de la pretensión amparado en este supuesto de infracción del ordenamiento jurídico sea considerado subsidiario de otros motivos en los que se haya fundado la pretensión. Por una parte, técnicamente es una solución más correcta, porque clarifica el alcance de los diversos motivos y posibilita su debate ordenado. Por otra parte no afecta negativamente a la tutela judicial efectiva, porque si no se estiman los motivos preferentes, en todo caso puede ser examinado éste como subsidiario. Esta conceptualización tampoco excluye que el tribunal, si estima que hay elementos para entenderlo concurrente y la parte actora no lo ha aducido, pueda someterlo de oficio a discusión para resolver sobre el mismo (art. 33.2).

El principal problema de esta técnica de enjuiciamiento es probatorio. Si la carga de la prueba de la existencia de desviación de poder (en el sentido material de tal carga: es decir, a quién perjudicará la duda sobre la existencia de la desviación) recae sobre el actor, la actividad probatoria de éste habrá de ser tan completa que convenza al juez de la intención de ludir el fin legal. En la práctica judicial podrían establecerse determinadas técnicas que redujeran esta dificultad; por ejemplo: creada por la prueba una duda de que el acto se ha ajustado al fin legal, la Administración tendría la carga de probar que así ha sido; si el expediente o la motivación del acto no acredita inicialmente el ajuste al fin legal, la carga de la prueba de tal ajuste correspondería a la Administración.

#### **5.- Conceptos jurídicos indeterminados y apoderamientos discrecionales en sentido estricto. Márgenes de apreciación y márgenes de decisión**

La teoría de los conceptos jurídicos (o legales, o normativos) indeterminados conduce a distinguir ciertos elementos imprecisos de las normas rectoras de la actuación administrativa, de la atribución por la norma a la Administración de una estricta potestad discrecional. Es una técnica de control o reducción de la discrecionalidad en el sentido preciso de que depura el concepto de la misma y separa de él unos elementos normativos con unas

características que -a pesar de primeras apariencias y si no se hace un análisis más profundo- no corresponden al concepto de discrecionalidad. En cuanto, además, esos elementos pueden ser objeto de un juicio con arreglo a Derecho, deriva de aquella teoría la apertura y delimitación de un nuevo campo en el que puede moverse con seguridad el enjuiciamiento jurisdiccional de la actuación administrativa.

Conceptos jurídicos indeterminados son elementos normativos cuyo significado las disposiciones no definen con precisión, de modo que para afirmar si la realidad ofrece base para sustentar que tal elemento normativo concurre -y, en consecuencia, la actuación administrativa es ajustada a la norma-, es necesario especificar el significado y verificar si los datos de la realidad lo sostienen en concreto.

El problema cognoscitivo que plantea la presencia en la norma de estos elementos, es mucho mayor que la comprensión de elementos normativos descriptivos y la constatación de su concurrencia en la realidad. Cabe, por ello, que puedan mantenerse diferentes opiniones al especificar el significado del concepto y al afirmar su concurrencia en la realidad.

La Administración esta investida de potestades que ha de ejercer con arreglo a normas en las que están presentes esa clase elementos y, por tanto, ha de realizar esa función de especificación. Eso indujo, en algún momento, a entender que, en esos supuestos, la Administración recibía un poder discrecional, por que optaba -con la eficacia jurídica propia de sus actos- por alguna de las posibilidades de dar sentido al elemento normativo impreciso.

La aportación de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados ha consistido en aclarar que así como estos, a pesar de las dificultades para su especificación y para afirmar su concurrencia en un caso concreto, y a pesar, también, de las posibilidades de error en esos juicios, sólo admiten, en un caso concreto, una solución ajustada a la norma -una sola solución justa, se dice habitualmente-, el apoderamiento discrecional en sentido estricto significa -si el ordenamiento lo confiere- que la Administración tiene libertad de elección entre actuar, no hacerlo, cuándo y cómo actuar, de modo que cualquier opción que realice será ajustada a la norma o -también puede decirse- indiferente para la norma, en el sentido de que, cualquiera sea la opción, no merecerá una sanción jurídica negativa.

Consecuencia de lo anterior es que así como el enjuiciamiento jurisdiccional de la Administración no puede proyectarse sobre el ejercicio de los apoderamientos discrecionales, porque aquél es un enjuiciamiento según Derecho y estos apoderamientos se hallan en el plano de lo jurídicamente indiferente, sí que debe penetrar, en cambio, en la especificación del concepto jurídico indeterminado realizada por la Administración, para determinar si, en concreto, expresa la solución ajustada a la norma.

Los conceptos jurídicos indeterminados son muy abundantes en las disposiciones administrativas. La calidad de su contenido es diferente: los hay que se llena de significado con constataciones experimentales, otros con valoraciones éticas o estéticas, otros con apreciaciones técnicas. Veamos algunos ejemplos.

Tienen preferencia para acogerse a conciertos educativos los centros que *satisfagan necesidades de escolarización*. Es requisito para estos conciertos una *media alumnos-profesor no inferior* a la que determine la Administración *atendida a la existente en otros centros de la zona*.

Referencia a los *yacimientos de minerales y recursos geológicos de diversas clases*, a los efectos de aplicación de la Ley de Minas.

Emisión de órdenes, prohibiciones y realización de actuaciones policiales *estrictamente necesarias para asegurar* la consecución de las finalidades de la Ley de Seguridad Ciudadana.

*Situación de emergencia* que permite el cierre y el desalojo de locales *por el tiempo imprescindible y mientras duren las causas*.

Prohibición de prestación de servicios de seguridad privada o de utilización de ciertos medios a tal fin, si pueden *causar daño o perjuicio* a tercero o *poner en peligro la seguridad ciudadana*.

Limitaciones preventivas de actividades públicas y privadas que *directa o indirectamente puedan tener consecuencias negativas en la salud*.

Las unidades de ejecución (del planeamiento urbanístico) se delimitarán *de modo que permitan el cumplimiento conjunto de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización de la totalidad de la superficie*.

Concepto de residuos *tóxicos y peligrosos*.

*Mercaderías de fácil descomposición*, para las que deben predisponerse *cámaras frigoríficas de dimensiones apropiadas*.

Integración del patrimonio histórico por inmuebles y muebles de *interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico y técnico*. Conceptos de *zonas y yacimientos arqueológicos*. O de sitios naturales, jardines y parques con *valor artístico, histórico o antropológico*.

Situación de un bien del patrimonio histórico en *estado de ruina*, en el que si concurre *urgencia y peligro*, se podrán realizar obras, sin las previas autorizaciones pertinentes, por la Administración municipal solo por *fuerza mayor* y con *demolición solo si es estrictamente necesaria para la conservación* del inmueble.

El contrato administrativo se adjudicará, si se ha seguido el procedimiento de concurso, a la *proposición más ventajosa*, según los criterios del pliego de condiciones, y sin atender solo al precio.

*Utilidad pública* como concepto legal que ha de ser reconocido en el caso concreto para iniciar el procedimiento expropiatorio. O *justo precio* de los bienes sometidos a expropiación. O *necesidad de urgente ocupación* de tales bienes.

Diversos criterios para la catalogación de *especies animales amenazadas*.

Ejemplos de normas que conceden a la Administración apoderamientos discrecionales podrían ser los siguientes:

En los Planes relativos a Centros Históricos a los elementos singulares se les dispensará una protección integral y a otros elementos *un nivel adecuado de protección*.

El Gobierno *podrá exonerar del cumplimiento de ciertas condiciones* para realizar transporte público por carretera en ciertos subsectores de este transporte.

Si no se cumple el Plan de explotación y Mejora de la finca rústica *se podrá acordar bien la expropiación del uso, bien la expropiación de la propiedad*.

*Concesión de autorizaciones* de apertura de grandes establecimientos comerciales *atendiendo a la concurrencia de diversos criterios* (nivel adecuado de equipamiento comercial y de distribución territorial, introducción armónica de nuevos sistemas de venta en la estructura comercial, libertad de competencia dentro de la defensa de la pequeña y mediana empresa).

*Concesión de subvenciones a empresas cuya actividad contribuya a ciertos fines de interés general, económico y social*, que la Administración define y se reserva la potestad de apreciar.

*La concesión de aguas para uso privativo* se hará según las previsiones del Plan Hidrológico y *será discrecional*, aunque se motivará y estará en función del interés público.



La concesión de permisos de exploración de ciertos recursos mineros la realizará el Ministerio *si lo considera necesario o conveniente*.

El Ministerio competente *podrá, por causas geográficas o socioeconómicas, fijar en carreteras de ciertas zonas una línea límite de edificación inferior a la establecida por la ley en general*.

La especificación de los conceptos jurídicos indeterminados y la afirmación de su concurrencia en la realidad puede presentar diversos grados de dificultad. La doctrina distingue el núcleo del concepto, el halo del mismo y la zona de certeza negativa. Si los datos de la realidad permiten afirmar el núcleo del concepto (zona de certeza positiva) o, por el contrario, claramente su no concurrencia (zona de certeza negativa), ello repercutirá en la conformidad a Derecho de la actuación administrativa según el papel que juegue el concepto correspondiente en la norma que rija tal actuación.

Si la actuación administrativa se ha producido en función de una afirmación sobre la concurrencia del concepto jurídico indeterminado situada en el halo del mismo, es decir, en la zona de duda, probablemente no será, por esta sola razón, considerada contraria al ordenamiento jurídico. De modo que siendo esto así se acaba por reconocer a la Administración un “margen de apreciación” en la función de verificar en concreto si concurren los conceptos jurídicos indeterminados que establecen las disposiciones.

Llegados a este punto la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados muestra sus límites para aislar la discrecionalidad, por cuanto ésta reaparece, en cierto modo, en el margen de apreciación, convertido, prácticamente, en margen de decisión. La Administración estima concurrente el concepto, decide en función de ello su actuación, y su decisión será válida si aquella estimación no ha caído en la zona de certeza negativa del concepto.

Por otra parte, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados ha sido exagerada al entender que también es aplicable a conceptos tales como interés público o interés general, porque en cuanto esos intereses son directivos de toda potestad administrativa, incluso de la conferida por la ley como discrecional, si se sostiene que puede ser jurisdiccionalmente verificada su correcta concreción hasta sus últimas consecuencias, se acaba por hacer desaparecer los apoderamientos discrecionales incluso cuando son claros. Recuérdese, sin embargo, que con la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados se trataba de distinguir la discrecionalidad -la norma apodera a la Administración para determinar lo que conviene al interés público- de

unos elementos normativos imprecisos, pero en cuya precisión no hay libertad de elección -aunque si puede haber dificultades de precisión acertada-.

Tanto para los casos de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados que, por moverse en la zona de duda, están en los aledaños prácticos de la discrecionalidad, como para los supuestos de atribución de un apoderamiento discrecional en sentido estricto, las posibilidades de ampliar el enjuiciamiento con arreglo a Derecho de las actuaciones de la Administración requieren técnicas diferentes a la estudiada ahora. No es posible confiar en que apurando el esfuerzo de exacta precisión intelectual y exacta y completa comprobación fáctica se conseguirá encontrar la precisa regla para determinar si la apreciación que ha hecho la Administración es correcta o incorrecta. Una orientación diferente para ampliar el enjuiciamiento consiste en investigar principios jurídicos que acoten el margen de apreciación que tiene la Administración.

#### **6.- Los actos de apreciación técnica. La llamada discrecionalidad técnica.**

Conviene separar estas cuestiones de las tratadas en el apartado anterior porque, aunque tienen muchos puntos en común según se verá, la doctrina jurisprudencial y parte de la doctrina científica se inclinan por reconocer una especial resistencia del acto administrativo que tiene esta calidad a ser enjuiciado jurisdiccionalmente.

Tal vez porque la estricta discrecionalidad, cuando el ordenamiento la atribuye, es, como tal, resistente al enjuiciamiento jurisdiccional, los actos de esta clase se consideran manifestación de una llamada discrecionalidad técnica.

Esta expresión, por un lado, parece contradictoria. La discrecionalidad es operativa en el momento de la decisión y consiste en un grado más o menos amplio de libertad en la adopción de esa decisión. Por el contrario, un acto realizado con criterios técnicos supone actuar con sujeción a un sistema específico de conocimientos racionalmente fundado y estructurado, no un ejercicio de libre elección.

Por otro lado, buena parte de los conceptos jurídicos indeterminados - todos aquellos para cuya apreciación son necesarios conocimientos especializados- requieren apreciaciones técnicas para aplicarlos en el caso

concreto, sin que por ello su enjuiciamiento jurisdiccional suscite cuestiones distintas a las que se trataron en el apartado anterior.

A mi modo de ver lo que hace peculiares los actos de apreciación técnica es que tal apreciación no afecta sólo a algunos elementos de las normas a las que el acto está sujeto, sino que el acto consiste, precisa y exclusivamente, en una apreciación técnica -que es lo único que la norma encarga al órgano competente-; y, además, el acto no es un acto de informe o dictamen, sino un acto decisorio.

Tiene esa calidad los actos de calificación académica, los de calificación de ejercicios y valoración de méritos y de designación -en función de lo anterior- de seleccionados, en concursos, oposiciones y otros sistemas de selección para ingreso en la función pública u otras modalidades de empleo público, provisión de puestos de trabajo y ascensos.

La doctrina jurisprudencial predominante sostiene que estos actos no son enjuiciables en cuanto a su contenido de apreciación técnica, por diversas razones: a) no consisten en juicios de Derecho y, por tanto, no pueden ser examinados desde criterios jurídicos; b) la especial composición de los órganos específicos que son competentes, en la que están muy reforzadas las garantías de imparcialidad y de especialización; c) la carencia de los conocimientos técnicos precisos por parte de los órganos jurisdiccionales, que no podrían ser suplidos por la prueba pericial, dado que los peritos no pueden sustituir al específico órgano administrativo al que la ley habilita para decidir la cuestión técnica.

Sin embargo, la ausencia de una exención específica -que no sería constitucional, porque ningún acto administrativo en su conjunto puede estar exento de enjuiciamiento jurisdiccional-, la presencia en las normas rectoras del juicio técnico de conceptos tales como “mérito y capacidad” o “nivel de conocimientos suficiente” -que, de modo similar a los conceptos jurídicos indeterminados, pueden ser verificados en concreto con remisión al corpus científico-técnico de referencia en cada caso-, y una argumentación de parte de la doctrina jurisprudencial, que no conduce lógicamente a una conclusión de imposibilidad absoluta de control, sino sólo a sostener la extrema dificultad del enjuiciamiento -por falta de conocimientos técnicos del órgano jurisdiccional y de constancia precisa de las aptitudes y conocimientos que han sido demostrados ante el órgano administrativo específico-, ha llevado, en definitiva, a que las cuestiones de enjuiciamiento jurisdiccional de los actos

expresión de la llamada discrecionalidad técnica no sean sustancialmente distintas, ni se resuelvan de modo sustancialmente diferente, a las que se plantean respecto de cualquier acto en el que se concretan conceptos jurídicos indeterminados. No hay diferencia de esencia, aunque sí de grado de dificultad de control para que el órgano jurisdiccional pueda llegar a anular el acto administrativo y, mucho más, a sustituirlo positivamente.

Efectivamente, se reconoce que los órganos administrativos tiene un margen de apreciación para concretar, en atención a criterios técnicos, los conceptos jurídicos indeterminados que -en estos supuestos de modo casi exclusivo- rigen su decisión y el acto que emiten está protegido por el valor jurídico que les atribuye el art. 57 LRJAPPAC (presunción de validez y producción de efectos desde su fecha), de modo que el actor tendrá la carga de probar que se ha producido un error técnico redundante en una no correcta concreción de la capacidad o el mérito. Aunque también sin la presencia de aquel valor jurídico habría que entender que la carga de la prueba corresponde a quien pretende que le sean reconocidas ciertas condiciones de capacidad y mérito. Una prueba completa requiere, por un lado, una suficiente constatación de cuáles fueron los conocimientos y aptitudes que se evidenciaron por los concursantes ante el órgano administrativo, y, por otro, que el órgano jurisdiccional sea auxiliado por peritos con conocimientos técnicos superiores a los de los integrantes de la comisión calificadora, que además emitan un dictamen mejor motivado que el expresado por la comisión. Se trata de una prueba de gran dificultad, que normalmente impedirá la estimación de la pretensión.

## **7.- Enjuiciamiento de las actuaciones de la Administración con arreglo a los principios generales del Derecho**

Como ya dije al principio, que las actuaciones de la Administración sólo puedan ser enjuiciadas por los órganos jurisdiccionales con arreglo a Derecho, utilizando parámetros jurídicos, no significa que la única referencia para ese enjuiciamiento sea la norma jurídica con la estructura más habitual - esto es: la regla jurídica condicional, que establece, dadas ciertas circunstancias, que es debido, está prohibido o está autorizado realizar cierta conducta-. La mención constitucional y legal del ordenamiento jurídico y del Derecho, además de la ley, como parámetros de enjuiciamiento, conduce a otro tipo de proposiciones jurídicas, específicamente a los principios generales del Derecho.

Estos principios tienen, frente a las reglas jurídicas con la estructura más habitual, la característica de la imprecisión en varios sentidos. Es difícil determinar qué es un principio jurídico (frente a otros tipos de proposiciones normativas igualmente imprecisas), cuáles son los principios jurídicos y cuál el contenido normativo de cada uno de ellos.

a) Conceptualmente el principio jurídico debe ser distinguido de la directriz. El primero expresa “exigencias básicas de justicia, de equidad y moral positivas” y, una vez se concluye que debe regir la decisión de un caso, postula un aplicación plena. La directriz se refiere a aspectos instrumentales y admite conceptualmente grados de cumplimiento, porque consiste en una orientación tendencial hacia la que hay que avanzar progresivamente (Atienza).

Parece que el llamado por el art. 103 CE principio de eficacia (no menos que los de jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación), no es, comparado con auténticos principios como el interdicción de la arbitrariedad, más que una directriz, una indicación de tendencia que deberá ser seguida al ordenar el funcionamiento de la Administración, pero que por sí sola no tiene -con seguridad- un significado preciso como criterio de enjuiciamiento (véase, no obstante, Menéndez Pérez).

b) Por su naturaleza los principios jurídicos no necesitan, para ser vigentes, estar expresados -ni siquiera mencionados- en disposiciones. Si esto ocurre, la vigencia del principio adquiere mayor seguridad, pero sin esa expresión el principio puede ser reconocido como tal.

En la Constitución son proclamados diversos principios jurídicos: libertad, justicia, igualdad, pluralismo político (art. 1); solidaridad (arts. 2, 138); legalidad, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3).

En otros textos normativos o fuera de ellos se menciona los principios de proporcionalidad, de buena fe, *favor libertatis*.

c) Incluso si un principio de derecho es expresado o mencionado en una disposición, la referencia no va más allá de nombrarlo, sin llegar a determinar cuál es su contenido jurídico -el art. 6.2 RSCL si que especifica, en cambio, una consecuencia del principio *favor libertatis* (optar por la medida de

intervención menos restrictiva)-. Esa inicial indefinición del contenido es más acusada en los principios que no tienen expresión en disposiciones escritas.

Las características apuntadas conllevan que la determinación de cuáles son los principios generales del derecho y cuál su contenido jurídico corresponda, en definitiva, a los mismos órganos que habrán de utilizarlos como criterios de enjuiciamiento, es decir a los órganos jurisdiccionales.

Existe pues el riesgo -en mayor medida que respecto de las demás normas jurídicas- de que tales principios, en lugar de operar como unos criterios objetivos de enjuiciamiento a los que los jueces están sometidos, tanto como los sujetos jurídicos cuyas actuaciones son enjuiciadas, acaben siendo expresión de opiniones subjetivas de los jueces y, en definitiva, conduzcan a un enjuiciamiento no jurídico de las actuaciones de la Administración, particularmente de aquéllas para las que el Derecho le confiere márgenes de apreciación o poderes discrecionales.

Como muestra de la inseguridad en la determinación del contenido normativo de los principios generales del derecho se pueden considerar las diferentes consecuencias que se extraen del principio de interdicción de la arbitrariedad.

Después de la coincidencia en que la motivación, entendida como constancia de razones que sostengan la decisión y que está específicamente establecida para los actos que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales (art. 54.1, f, LRJAPPAC), es imprescindible para descartar la arbitrariedad, supone, sin duda, una importante divergencia en la comprensión del principio entender que éste impone -en opinión de unos (Parejo Alfonso, Sánchez Morón)- que el juez anule la actuación administrativa si la misma es manifiestamente arbitraria o absurda, lo mismo pero sin el adverbio de modo “manifiestamente”, o que el principio en cuestión alcanza -en opinión de otros (Fernández Rodríguez)- a autorizar al juez para que dicte un pronunciamiento anulatorio si considera que entre varias decisiones posibles -todas ellas sostenidas por algún fundamento- la adoptada no es la más racional.

Determinados los principios generales del Derecho y el significado de cada uno de los mismos con la prudencia y con la técnica necesarias para que no sean simple expresión del subjetivismo judicial, los mismos sirven como criterios de enjuiciamiento según Derecho tanto en los casos en los que la técnica de control de la especificación y aplicación de los conceptos jurídicos

indeterminados ha agotado sus posibilidades -en el sentido de que no cabe llegar, sobre el resultado de la prueba y del debate procesal, a una especificación del concepto más perfecta que la realizada por la Administración-, como en los de control de las decisiones técnicas -en los que el simple reexamen de los fundamentos técnicos de la decisión también tiene sus límites-, como, en fin, en los casos de ejercicio de verdaderos poderes discrecionales.

A título de simple ejemplo, el principio de igualdad ante la aplicación de la ley debe imponer -si se dan las condiciones para que ese principio entre en juego- un modo igual de especificación y de aplicación de los conceptos indeterminados si las situaciones de hecho son sustancialmente iguales.

El principio de interdicción de la arbitrariedad impone anular actos que no estén justificados en razones suficientemente explicitadas, y también aquellos que tengan un fundamento divergente de las autolimitaciones que la Administración haya impuesto a sus márgenes de apreciación, de decisión o a sus auténticas potestades discrecionales, incluso cuando tales autolimitaciones son de dudosa naturaleza normativa.

Pienso en el caso de las circulares, instrucciones internas y ordenes de servicio, que sin tener naturaleza normativa persiguen uniformar las actuaciones administrativas en una determinada área, de modo que la divergencia de actuaciones concretas frente a tales directrices hacen que aquéllas sean arbitrarias. También es un buen ejemplo el de los criterios para la valoración de las pruebas que deben aprobar y publicar las comisiones competentes para decidir los concursos a plazas de cuerpos docentes universitarios (art. 8.1, a), Real Decreto 1888/1984, 26 de noviembre, modificado por RD 1427/1986, 13 de junio).

## **8.- Conclusiones**

*A) Algunas dudas sobre la debida extensión y amplitud del enjuiciamiento jurisdiccional de las actuaciones administrativas con márgenes de apreciación o con presencia de componentes discrecionales.*

La atribución constitucional de potestades a órganos constitucionales y el establecimiento, igualmente constitucional, de las relaciones de control entre ellos -particularmente de las consistentes en revisar si la actuación de un órgano se ha ajustado a unos criterios que otro órgano tiene la potestad de aplicar-, genera siempre dudas sobre si el órgano controlador desempeña estrictamente la función que tiene constitucionalmente encomendada o, excediendo de ella, invade la potestad constitucionalmente atribuida al órgano controlado.

Es evidentemente una solución simplista de estas dudas entender que el órgano que ejercita un poder de control, necesariamente con posterioridad a la actuación de otro órgano, lo ejercita correctamente por esa sola circunstancia de la posterioridad, en el sentido de que sólo aplica su poder de control si el órgano controlado ha actuado incorrectamente -supuesto para el que se le ha atribuido tal poder, y no para reprobar, ni suplantar las actuaciones correctas del órgano controlado-.

Es ilustrativo del postulado expuesto el modo en que la literatura jurídica ha analizado la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, autentico punto de fricción entre la potestad jurisdiccional de los tribunales ordinarios -el poder constitucionalmente atribuido a los mismos por el art. 117.3 CE- y la potestad de enjuiciamiento del Tribunal Constitucional que, en materia de amparo, requiere el previo agotamiento de las posibilidades de tutela judicial ordinaria. La doctrina ha criticado como injerencia del TC en el ámbito de decisión propio de los tribunales ordinarios, ciertos excesos de concepción del derecho a la tutela judicial efectiva como derecho a una sentencia fundada en Derecho, en los que el TC no se conforma con examinar si la resolución del tribunal ordinario invoca unos fundamentos en Derecho y, además, la relación de estos con la decisión no es manifiestamente arbitraria, sino que estima poder examinar, como contenido propio del derecho a la tutela judicial efectiva, si la selección de la norma aplicada es arbitraria, si hay un error patente en la resolución o si se resuelve con desvinculación del sistema de fuentes (Ignacio Diez-Picazo). ¿Cabe excluir por principio un riesgo similar en la relación de control de los tribunales ordinarios sobre las actuaciones de la Administración?

No cabe pensar que la única diferencia funcional entre administrar y juzgar, teniendo en cuenta que en ambas funciones se aplica derecho, sea que una función se ejercita antes y la otra después. En otro lugar expuse las críticas a que esa diferencia sea la única relevante para determinar la singularidad de la potestad jurisdiccional -como potestad exclusivamente atribuida a los órganos jurisdiccionales por el art. 117.3 CE-. El hecho de que se prevea que contra todo acto de la Administración es admisible recurrir ante los tribunales no permite concluir que está respetada la exclusiva atribución a los órganos jurisdiccionales de la potestad jurisdiccional. Hay supuestos en los que permitir que la Administración diga la “primera palabra” lesiona aquella exclusividad, por que aunque “hable antes” que un tribunal, está ejerciendo sustancialmente potestad jurisdiccional. Enfrentados ahora con la



que podríamos considerar la otra cara del problema, hay razones para plantearse si no habrá supuestos en los que dejar que los tribunales “digan palabra” -por ejemplo sobre lo que está dentro de los márgenes de la discrecionalidad, no fuera de ellos, en el terreno de lo antijurídico- es autorizarles a desempeñar una función distinta a la de juzgar.

La inseguridad en la que se mueve la cuestión de la debida amplitud del enjuiciamiento jurisdiccional de las actuaciones de la Administración queda de manifiesto, a mi juicio, si se considera el diferente modo en que se interpreta por los autores la limitación de los órganos jurisdiccionales al revisar la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados hecha por la Administración -aunque podría extenderse a los casos de enjuiciamiento de auténticas potestades discrecionales-.

Si la actuación administrativa se ha producido en función de una afirmación sobre la concurrencia del concepto jurídico indeterminado situada en el halo del mismo, es decir, en la zona de duda, probablemente no será, por esta sola razón, considerada contraria al ordenamiento jurídico. En nuestra doctrina existen dos diferentes interpretaciones de este fenómeno. Para unos autores se trata simplemente de que las alegaciones formuladas y las pruebas practicadas en el proceso no han alcanzado a convencer al juez de que es incorrecta la concreción del concepto indeterminado que ha hecho la Administración (García de Enterría, Fernández Rodríguez). Para otros autores significa que la Administración tiene reconocido por la ley un margen de apreciación discrecional, de modo que mientras no lo sobrepase su actuación no podrá ser considerada contraria a Derecho (Parejo Alfonso, Sánchez Morón).

De estas dos interpretaciones, la primera explica más acertadamente la realidad e, incluso, el tratamiento procesal de la cuestión, porque, aún partiendo de la base -como correspondería al sentido de la segunda interpretación- de que la eficacia jurídica de la que el art. 57 LRJAPPAC dota al acto administrativo no puede ser contrarrestada con cualquier fundamento, es constitucionalmente ineludible que únicamente por un órgano jurisdiccional, y en un proceso, pueda examinarse si concurren o no los fundamentos por los que tal eficacia debe ser contrarrestada.

No es tan seguro, en cambio, de que sea la interpretación mejor fundada desde el punto de vista del Derecho material, porque deja a la eventualidad de la actividad instructoria de un proceso la delimitación del margen de

apreciación que se reconoce que la Administración debe tener y de las potestades discrecionales que el Derecho le ha atribuido. Nótese que esta observación crítica no invoca la citada eventualidad en el sentido genérico de que toda cuestión sometida a los tribunales está expuesta al *alea* de ser resuelta de un modo o de otro diferente, sino con la intención más específica de resaltar que, según la actividad de debate y de prueba pueda llegar a ser suficientemente determinante, el grado de enjuiciamiento variará. Un problema de Derecho -¿cuál es la extensión debida del enjuiciamiento jurisdiccional de la actuación de la Administración?- recibe una respuesta de hecho -la que pueda ser atendidas las condiciones de cada proceso-. Más acorde con la necesidad de diferenciar lo que eventualmente puede resultar de un proceso y lo que debe de ser según el Derecho material es identificar objetivamente los límites jurídicos de la actuación de la Administración.

*B) La amplitud del enjuiciamiento en cuanto al pronunciamiento sobre la situación jurídica individualizada.*

Los problemas generales sobre la amplitud del enjuiciamiento son, en cierto modo, diferentes a la cuestión de si los órganos jurisdiccionales tiene la potestad de ordenar a la Administración la emisión de otro acto en sustitución del que ha sido anulado al ser estimada la pretensión básica de anulación.

Los órganos jurisdiccionales tienen, en principio, esa potestad. Constitucionalmente los tribunales no sólo controlan “la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican” (art. 106.1 CE) -lo que podría entenderse que les limita a la anulación del acto divergente con esa legalidad y fines-, sino que ejercitan su potestad para dar tutela a derechos e intereses legítimos (art. 24.1 CE). La LJCA ha extraído las precisas consecuencia de esto en los artículos 31, 32 y 71.

No es lo mismo, sin embargo, que el reconocimiento en positivo de la situación jurídica individualizada dependa sólo de los hechos probados en el proceso y de la aplicación de unas normas con elementos reglados, que, para ese reconocimiento, hayan de tenerse en cuenta especificaciones de conceptos jurídicos indeterminados, apreciaciones técnicas o, incluso, que tal reconocimiento dependa estrictamente de una decisión discrecional. Y limitamos las posibilidades a las citadas, dado que es difícil pensar que un principio general del derecho pueda fundar por sí sólo un pronunciamiento positivo del tribunal (Sánchez Morón).

En el último supuesto el juez no tiene potestad para dictar el pronunciamiento de reconocimiento, en coherencia con el concepto de potestad discrecional -potestad conferida y limitada por el Derecho, pero cuyo ejercicio no responde a criterios jurídicos-. Dispone en este sentido el art. 71.2 LJCA que “los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen, ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”.

En los supuestos de especificación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados y de actos consistentes en apreciaciones técnicas no regiría el precepto prohibitivo acabado de citar, pero en cuanto la Administración tiene atribuida una potestad de ejercicio previo que comprende concretar aquellos conceptos y realizar las apreciaciones técnicas, no siempre el órgano jurisdiccional podrá dictar, sin más, pronunciamiento positivo, realizando por primera vez unas apreciaciones que la Administración no ha tenido oportunidad de considerar.

Sobre las condiciones para que se dicte un pronunciamiento positivo en estos casos hay dos orientaciones diferentes (Sánchez Morón): 1ª) el órgano jurisdiccional podrá dictarlo si la instrucción (alegaciones y pruebas) del proceso dejan subsistente una única posibilidad de decisión sobre la cuestión, de modo que deferir a la Administración la decisión sería una formalidad contraria a la efectividad de la tutela, porque la Administración no podría decidir más que en un preciso sentido (ampliamente, Fernández Rodríguez); 2ª) el órgano jurisdiccional podrá dictar pronunciamiento si la instrucción del proceso proporciona fundamentos suficientes para adoptar una decisión sobre la cuestión.

La segunda orientación contrasta abiertamente con el art. 71.2, al menos en cuanto se trate de estrictas potestades discrecionales. Pero, siguiendo la primera orientación no habría obstáculo para admitir, incluso, un pronunciamiento positivo sobre aspectos inicialmente discrecionales en sentido estricto, porque si cierta decisión ha resultado ser -aplicadas todas las técnicas de enjuiciamiento- la única fundada, ha desaparecido la discrecionalidad y el art. 71.2 no sería aplicable.

**9.- Potestades judiciales relativas a la determinación de la debida actuación administrativa que han de ser ejercitadas en el proceso de**

## **declaración y potestades que pueden ser ejercitadas en el proceso de ejecución**

En gran medida los problemas de amplitud y alcance del enjuiciamiento jurisdiccional de las actuaciones de la Administración en el proceso de declaración tienen naturaleza jurídico-material. El Derecho material configura, entre otras cosas, las potestades como regladas o discrecionales, establece conceptos jurídicos indeterminados y principios que, con toda la complejidad antes vista, son aplicados por los jueces para juzgar sobre la conformidad a Derecho de las actuaciones de la Administración y sobre sus consecuencias.

El Derecho Procesal puede incidir de manera directa en esas cuestiones, aunque no suele hacerlo en el proceso de declaración de modo tan importante como lo hace en el proceso de ejecución y en las medidas cautelares, modalidades de tutela cuya configuración es casi exclusivamente procesal.

En el proceso de declaración el Derecho procesal puede influir directamente en esas cuestiones estableciendo tutelas sumarias (como ocurre, a mi juicio, en los casos de vía de hecho y de tutela de derechos fundamentales), modulando en qué circunstancia se considera existente la necesidad de tutela judicial (por ejemplo: determinación de los actos de trámite que son suficientes para originar tal necesidad, determinación de supuestos de tutela de condena inmediata por inactividad).

No obstante, el régimen del proceso de declaración no deja de tener una profunda influencia en la amplitud y alcance del enjuiciamiento jurisdiccional de las actuaciones de la Administración, no sólo por la dependencia en la que aquellas se encuentran respecto del régimen de las actividades de alegación y de prueba en ese proceso, sino también por el carácter de presupuesto y de límite de la tutela judicial ejecutiva que tiene la sentencia que se dicta en el proceso de declaración.

El momento en el que se evidencia de modo más práctico la efectividad del enjuiciamiento jurisdiccional de las actuaciones de la Administración es, al menos aparentemente, el que la LJCA llama “Ejecución de sentencias”, el proceso de ejecución. Se verá en su momento como en la configuración de la tutela ejecutiva surgen problemas para la efectividad de la tutela judicial, particularmente en el aspecto de conseguir imponer realmente a la Administración el cumplimiento de los pronunciamientos de la sentencia.

Pero, cuáles sean estos pronunciamientos, en los que se concreta la amplitud y alcance del enjuiciamiento jurisdiccional de las actuaciones de la Administración, y en los que se sustancia la concreta solución para el caso de los temas problemáticos antes estudiados (revisión de la apreciación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados y reducción, en su caso, de la discrecionalidad), va a depender principalmente de la actividad procesal del actor y de la Administración en el proceso de declaración, sin que sean admisibles alteraciones sustanciales en favor de ninguna de las posiciones procesales en la etapa de la ejecución.

La amplitud y alcance de la función ejecutiva de la potestad jurisdiccional respecto de las actuaciones de la Administración no depende de consideraciones de Derecho material, sino de Derecho procesal, de sus principios básicos de orden constitucional. En un doble sentido.

Por un lado, quien hubiera obtenido la sentencia a su favor tiene derecho a que el fallo se cumpla, como contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. También, prescindiendo de considerar los efectos ejecutivos de la sentencia, tiene derecho a la no alteración de la cosa juzgada.

Por otro lado, la sumisión a la actividad judicial ejecutiva requiere considerar si ha sido respetada la prohibición de indefensión. Otra cosa es que atendiendo al contenido esencial del derecho a la no indefensión, no pueda sostenerse que exista un derecho a que el legislador ordinario configure la defensa de un modo determinado (previo o no a la formación del título ejecutivo, con un contenido limitado o no). Cabe tener presente en este sentido la doctrina jurisprudencial del TC respecto de ejecuciones de títulos no jurisdiccionales.

De modo coherente con esos postulados constitucionales la ley ordinaria, la LJCA, establece diversas disposiciones adecuadas para realizarlos.

Unas se refieren a la potestad jurisdiccional de ejecución con expresiones neutras, que excluyen posibilidades de alteración de los pronunciamientos en cualquier dirección: “Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignan” (art. 103.2); “...se comunicará...a fin de que, ..., la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo...” (art. 104.1).

En otras destaca la finalidad de protección del derecho a que el fallo se cumpla: “Serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de la sentencia...” (art. 103.4); actuaciones que puede realizar el juez o la sala si la sentencia condenare a la Administración a realizar determinada actividad o a dictar un acto y la Administración hubiera incumplido (art. 108); actuaciones que puede realizar el juez o la sala mientras no conste la total ejecución de la sentencia (art. 109). Son coherentes con esa finalidad las disposiciones que sólo permiten con carácter excepcional que la ejecución que se modifique el objeto de la ejecución (art. 105).

Otras normas resaltan el significado de que la actividad ejecutiva no ha de exceder de los pronunciamientos. En ese sentido hay que entender la expresa mención, al regular el art. 109 las actuaciones que puede realizar el juez o la sala mientras no conste la total ejecución de la sentencia, de que tales actuaciones han de realizarse “sin contrariar el contenido del fallo”. Por otra parte al establecer el art. 110 la extensión de la eficacia ejecutiva de la sentencia en determinados supuestos, está confirmando la regla general de que la extensión subjetiva de tales efectos se limita a las personas que fueron parte en el proceso de declaración.

Otras disposiciones, por fin, establecen instrumentos para reaccionar frente a las divergencias entre la actividad ejecutiva y los pronunciamientos de la sentencia. Es el caso del recuso de casación contra autos que, en ejecución de sentencia, “resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta” (art. 87.1, c).

Con las precedentes consideraciones pretendo dejar claro que la etapa procesal en la que verdadera y principalmente está en juego la determinación de la amplitud y alcance del control jurisdiccional de las actuaciones de la Administración (con la revisión de la apreciación y aplicación de conceptos indeterminados y con la reducción, en su caso, de la discrecionalidad) es el proceso de declaración y hasta la firmeza de la sentencia. A partir de ese momento el problema sólo puede ser de medios ejecutivos, de procedimientos ejecutivos y de su mayor o menor efectividad, pero no de determinación jurisdiccional de la actuación debida de la Administración. Con la salvedad de las modificaciones del objeto de la ejecución autorizadas en la etapa de ejecución y de las modificaciones realizadas sin amparo legal, frente a las que cabe reacciona con los medios antes apuntados y, desde la posición procesal de la Administración, con el planteamiento de conflictos de jurisdicción de

acuerdo con el art. 7 LO 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales (prohíbe el planteamiento de tales conflictos en asuntos resueltos mediante sentencia firme “salvo cuando el conflicto nazca o se plantee con motivo de la ejecución de aquéllos o afecte a facultades de la Administración que han de ejercitarse en trámite de ejecución”).

### **Bibliografía básica**

ATIENZA, M., *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica*, RAP, 1995, páginas 5 y siguientes; BELTRÁN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, 1995; BORRAJO INIESTA, I., DIEZ-PICAZO, I., FERNÁNDEZ FERRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1995; COCA VITA, E., *También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los tribunales*, RAP, núm. 106-108, 1985, páginas 205-214; CHINCHILLA MARÍN, C., *La desviación de poder*, Madrid, 1989; DE LA CRUZ FERRER, J., *El control de la decisión expropiatoria*, en “Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo”, Madrid, 1994, páginas 299 y siguientes; DESDENTADO DAROCA, E., *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Madrid, 1997; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, 1994; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, 1997; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, 1979; MAP, Secretaría General Técnica, *Doctrina jurisprudencial sobre control de la discrecionalidad técnica de los tribunales de oposiciones para ingreso en la función pública*, Julio-agosto 1997; MAP, Secretaría General Técnica, *Doctrina jurisprudencial sobre provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, Junio 1997; MENÉNDEZ PÉREZ, S., *El principio de eficacia de la función administrativa. Virtualidad práctica: estudio jurisprudencial*, en “Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo”, Madrid, 1994, páginas 15-64; MOZO SEOANE, A., *La discrecionalidad de la Administración pública en España (Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983)*, Madrid, 1985; ORTELLS RAMOS, M., *Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución española*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, 1984-1985, páginas 415 y siguientes; PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, 1993; PEÑARRUBIA IZA, J.M., *El control de la discrecionalidad administrativa en la función militar (La STC 97/1993, de 22 de marzo)*, RAP, núm.133, 1994, páginas 287-309; PIÑAR MAÑAS, J. L., *El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones*, en “Documentación Administrativa”, núm. 220, (octubre-diciembre 1989), páginas 135-177 (con amplia relación de la jurisprudencia sobre la materia); SANCHEZ MORÓN, M., *El control de las Administraciones públicas y sus problemas*, Madrid, 1991; SANCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1994; SANCHEZ MORÓN, M., *Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, en “Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo”, Madrid, 1994, páginas 143-

162; TARDÍO PATO, J.A., *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Madrid, 1986; TARDÍO PATO, J.A., *La función calificadora de los alumnos universitarios y su control jurisdiccional*, RAP, núm. 139, 1996, páginas 373-417; VARIOS AUTORES, *Discrecionalidad administrativa y control judicial (I Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía)*, Madrid, 1996.



## Parte tercera

### Notas sobre la tutela judicial ejecutiva

#### 1.- Introducción.

##### *A) Aproximación al concepto de proceso de ejecución.*

El proceso de ejecución es un instrumento necesario de la jurisdicción, tanto si la necesidad a la que responde se considera desde el punto de vista de la función de la potestad jurisdiccional, como si se examina desde la perspectiva de las personas que requieren el ejercicio de esa potestad.

La función de la potestad jurisdiccional puede ser entendida destacando el aspecto objetivo -la función de actuación del Derecho en el caso concreto- o resaltando el aspecto subjetivo -la función de satisfacer las situaciones subjetivas amparadas por el Derecho-. Cualquiera sea el modo de entender la función de la potestad jurisdiccional, una de sus características siempre será la de ser una función práctica, útil, con efectos en la vida social en la que el Derecho está destinado a regir.

Para conseguir esta practicidad y utilidad basta, en algunos supuestos, con la sentencia dictada en el proceso de declaración. La sentencia meramente declarativa, que declara la existencia o inexistencia de una relación o situación jurídica o de cualquier otro elemento que el ordenamiento admita como objeto de declaración judicial, satisface del modo práctico y útil que supone la eficacia de la cosa juzgada tanto una acción meramente declarativa, si se hubiera ejercitado, como, en todo caso, la defensa del demandado. Las sentencias constitutivas satisfacen ellas mismas la acción de esa naturaleza porque es la propia sentencia la que produce la modificación jurídica perseguida. Actos complementarios consistentes principalmente en el acceso a determinados Registros de la sentencia productora del cambio jurídico, no son los que produce ese cambio y, por tanto, no son esenciales para la satisfacción de la acción constitutiva, sin perjuicio de que deban ser practicados. Los deberes de prestación que surgen de la nueva situación o estado jurídico son ya un tema distinto. Respecto de los mismos puede ser procedente una acción de condena y, tal vez, su acumulación al proceso sobre la acción constitutiva.

Si en el proceso de declaración se ejercitó una acción de condena y fue estimada, para que el ejercicio de la potestad jurisdiccional responda a la practicidad y utilidad antes mencionadas, no es suficiente con la sentencia estimatoria, porque la acción no solamente perseguía la declaración, con eficacia de cosa juzgada, del derecho a una cierta prestación y el correspondiente deber, sino también la imposición de este deber al demandado.

Si el demandado cumple la sentencia sin otra coerción que la que deriva del efecto vinculante de la misma (arts. 118 CE y 17.2 LOPJ) se habrá alcanzado el resultado práctico y útil.

En defecto de lo anterior, para producir ese resultado es necesaria la configuración legal de un instrumento procesal que contenga medios coactivos adecuados para que se haga efectiva en la realidad la prestación impuesta o, en casos excepcionales, un subrogado de la misma. Ese instrumento es el proceso de ejecución y el reconocimiento constitucional de que es necesario para la plenitud de la función de la potestad jurisdiccional se halla en el art. 117.3 CE, que establece como una de las funciones de la potestad jurisdiccional la de “hacer ejecutar lo juzgado”.

A una conclusión similar se llega mediante un razonamiento que arranca del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), porque sin duda no se respetaría el contenido esencial de este derecho fundamental si la sentencia reconociera en favor del actor y frente al demandado un derecho a prestación y la ley ordinaria no estableciera medios para su realización coactiva o el juez no los aplicara.

El proceso de ejecución es aquel en que un órgano jurisdiccional, ante el ejercicio de la acción correspondiente por el legitimado, ejerce su potestad para producir un cambio físico o material en la realidad social con el fin de acomodarla lo que establece un título ejecutivo.

En la anterior aproximación al concepto de proceso de ejecución se ha partido de la idea de que este proceso es precedido por un proceso de declaración que ha tenido por objeto una pretensión de condena, que ha sido estimada. Esta es la regla general. Sin embargo, por razones de conveniencia socioeconómicas apreciadas por el legislador, el ordenamiento puede establecer que se acceda al proceso de ejecución con fundamento en títulos ejecutivos que no han sido formados mediante una declaración jurisdiccional.

A las razones de política legislativa que impulsan esta solución, se unen condicionamientos constitucionales y otras razones de política legislativa que la limitan y moderan, reduciéndola a lo supuestos en que el derecho y correspondiente deber de prestación resultaran especialmente ciertos. Incluso el art. 24.1 CE impone un reconocimiento suficiente del derecho a la defensa frente a esa actividad inicialmente ejecutiva.

*B) Ejecución jurisdiccional y ejecución administrativa.*

En el ámbito del Derecho Administrativo, aunque la sentencia no es el único título ejecutivo según veremos, no se encuentra un fenómeno igual al apuntado antes. Es decir, no hay ejecución mediante potestad jurisdiccional de títulos ejecutivos no constituidos jurisdiccionalmente. Hay supuestos poco significativos de ejecución jurisdiccional -pero no correspondiente a la competencia genérica de los tribunales del orden administrativo- de títulos administrativos.

Si que se encuentra -y en gran medida- un fenómeno próximo: los actos administrativos, si su eficacia plena (arts. 56 y 57 LRJAPPAC) requiere la realización de actuaciones materiales de ejecución, son títulos ejecutivos que pueden ser ejecutados por la propia Administración en el correspondiente procedimiento administrativo (arts. 93-101 LRJAPPAC).

La ejecución administrativa puede precisar que sea ejercitada la potestad jurisdiccional en los supuestos del art. 8.5 LJCA (entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular), pero no es una ejecución jurisdiccional, un proceso de ejecución. Es una actividad administrativa respecto de la cual pueden ejercitarse, en los términos de la LJCA, las acciones procedentes para obtener tutela declarativa o cautelar.

Ahora bien, respecto a materia se suscitan problemas en cuanto al posible acceso a la tutela judicial ejecutiva en el caso de que la Administración se niegue a ejecutar o no ejecute los actos administrativos ejecutivos, y, sobre todo, si a lo anterior se une que no fue estimada la acción ejercitada en relación con dicho acto administrativo. Trataremos estos problemas después.

**2.- Antecedentes inmediatos del régimen de la tutela judicial ejecutiva en el proceso administrativo, condicionamientos**

## **constitucionales y características generales del régimen de la nueva LJCA.**

### *A) Las características del régimen de la ejecución en la LJCA de 1956.*

En el epígrafe del capítulo III de la LJCA de 1956 se utilizaba la expresión “ejecución de sentencias” en vez de la de proceso de ejecución. Si no fuera porque la LEC utiliza los mismos términos -y también la nueva LJCA, que establece normas profundamente innovadoras en la materia- podría pensarse que con ello se preanunciaba la naturaleza no jurisdiccional de la actividad que se regulaba en ese capítulo de la Ley.

Más decisivo era el contenido del primer artículo, el 103, que, sorprendentemente, atribuía la ejecución de las sentencias al órgano (administrativo) que hubiere dictado el acto o disposición objeto del recurso. Al órgano jurisdiccional le encomendaba -en una especie de renovada influencia de la técnica del acto previo, aunque ahora en la fase de ejecución de sentencia-, después de la actividad o inactividad administrativa desarrollada en el ámbito autónomo que concedería el citado art. 103, fiscalizar la ejecución (art. 8.1) y promoverla y activarla (artículo 110.1). Esto se hallaba en abierto contraste con la ejecución en los demás procesos (salvo, en el proceso penal, la de las penas privativas de libertad) en los que la actividad ejecutiva está integrada principalmente por actos del órgano jurisdiccional.

Recuérdese que la evolución hacia el control del sometimiento de la administración a la ley y al Derecho se produce tanto hacia el control por auténticos órganos jurisdiccionales, como -y con mayores resistencias en cuanto el primer objetivo se alcanzaba- hacia la plenitud del control jurisdiccional. Una de las más importantes y de las últimas limitaciones a la plenitud de ese control afectaba a la potestad jurisdiccional de ejecución: esta función de la potestad jurisdiccional sólo se reconocía con recortes a su eficacia jurídica y, sobre todo, a su efectividad práctica. De hecho estas limitaciones fueron una contrapartida concreta del avance en la jurisdiccionalización de los órganos y en la generalización de la llamada “jurisdicción delegada” que se produjeron en la Ley Santamaría de Paredes.

Las características del régimen de la LJCA de 1956 -sin cambios esenciales desde la Ley Maura- eran, además de las más generales que ya han sido apuntadas, las siguientes:

1.<sup>a</sup>) Establecimiento de unos plazos para que la Administración cumpliera la sentencia, algunos de los cuales tenían o parecían tener carácter preclusivo para ciertos actos de la Administración que tenían la eficacia de impedir la ejecución en forma específica o de posibilitar aplazamientos en la actividad ejecutiva.

2.<sup>a</sup>) Posibilidad de que el Consejo de Ministros decretara la inexecución o la suspensión de la ejecución por causas tasadas.

3.<sup>a</sup>) Tanto en el caso acabado de citar, como en el de imposibilidad de hecho o legal de ejecución, si no hubiera otra forma de cumplir la sentencia, se debía ejecutar una prestación dineraria indemnizatoria fijada por el órgano jurisdiccional.

4.<sup>a</sup>) Al órgano jurisdiccional le correspondía adoptar medidas para que la Administración cumpliera la sentencia, pero la medida más coercitiva establecida por la LJCA era la promoción de responsabilidad por desobediencia respecto a la autoridad a quien corresponde el cumplimiento.

5.<sup>a</sup>) Si la sentencia condenaba a una prestación dineraria o la ejecución se reconducía a la de esta clase de prestación, la prohibición del embargo de bienes de los entes públicos (vigente para cualquier condena pecuniaria frente a estos, aún en proceso distinto al administrativo) conducía a que también debiera ser la Administración la que cumpliera la sentencia, mientras que los poderes del órgano jurisdiccional seguían siendo los indicados en la característica 4.<sup>a</sup>.

*B) Los condicionamientos constitucionales y la valoración técnica y político-jurídica del régimen de la ejecución en el proceso administrativo.*

La configuración del régimen de la ejecución en el proceso administrativo está sometida a unos condicionamientos constitucionales. Y de una manera muy directa, porque, de una parte, afecta al contenido esencial de un derecho fundamental, como el derecho a la tutela judicial efectiva, y, por otra, afecta a las relaciones entre dos poderes constitucionales.

En la configuración de la tutela judicial declarativa frente a la actividad de la Administración los problemas de delimitación de las potestades constitucionalmente atribuidas a la Administración y a la Jurisdicción se centran en determinar el alcance y ejercicio legítimo de los poderes

discrecionales de la Administración y en el legítimo control de los mismos que pueden realizar los órganos jurisdiccionales.

En el proceso de ejecución no hay oportunidad de plantear los anteriores problemas, salvo que se intente realizar una actividad ejecutiva no amparada por el título ejecutivo o por el resultado de los procedimientos de integración del mismo previstos por la Ley. La explicación de lo anterior es sencilla: sobre el deber de prestación que ha sido impuesto a la Administración existe un pronunciamiento jurisdiccional que no reconoce en la actividad de Administración poderes discrecionales, bien porque no existían al ser una actividad reglada, bien porque, en el enjuiciamiento del caso concreto, se ha entendido que no subsistía ningún margen de discrecionalidad, y precisamente por eso se ha impuesto un preciso deber de prestación.

Lo anterior no significa que la sola configuración de la tutela judicial ejecutiva no plantee, por sí misma, problemas de relevancia constitucional. En el proceso de ejecución respecto de particulares el Estado aparece como tercero titular del imperio. En el proceso de ejecución que ahora consideramos es un poder del Estado -el Poder Judicial- el que ha de ejercer el imperio frente a otro poder del Estado -el Poder Ejecutivo, que dirige a la Administración-, a lo que debe añadirse que éste es el poder del que dependen los medios para el ejercicio del *imperium* (art. 104 CE).

Sin embargo estas consideraciones, que hubieran podido justificar la opción de atribuir a la propia Administración el cumplimiento forzoso (en el sentido de debido) de las sentencias, carecen de relevancia constitucional decisiva.

Por el contrario, parte de la doctrina sostuvo, bajo la vigencia del régimen de la ejecución de la LJCA de 1956, que el mismo contrastaba abiertamente con varios preceptos constitucionales, por lo que se podía concluir su derogación por la Constitución o en su inconstitucionalidad sobrevenida, y ello porque:

1.º) El art. 24.1 CE reconoce el derecho a obtener de los tribunales tutela judicial efectiva, que comprende, como es sabido, el derecho a que el fallo se cumpla.

2.º) El art. 117.3 CE atribuye a los órganos jurisdiccionales en exclusiva la potestad jurisdiccional, también en su manifestación de hacer ejecutar lo juzgado.

3.º) El art. 118 CE hace obligatorio el cumplimiento de la sentencia y la colaboración en la ejecución de lo resuelto.

4.º) El art. 103.1 CE, cuya proclamación de sometimiento pleno de la administración a la ley y al Derecho no sería real, si la Administración pudiera eludir la realización de las resoluciones de los Tribunales sobre ese sometimiento en un caso concreto.

Otra parte de la doctrina, la aplicación práctica del Derecho y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Ss 32/1982 de 7 de junio, 67/1984 de 7 de junio y 155/1985 de 12 de noviembre, entre otras) no llegaron a conclusiones tan radicales, aunque defendieron que la Constitución debía tener una precisa y real incidencia en el régimen legal de ejecución de sentencias contra la Administración. Su tesis podría resumirse así:

1.º) Es cierto que la letra de algunas disposiciones confiere a la administración un poder de realizar la ejecución y a los tribunales unos poderes respecto a esto de carácter secundario, pero lo que importa es la interpretación y la efectividad de los específicos poderes atribuidos a los tribunales para controlar el cumplimiento forzoso.

2.º) Si el sistema legal admite una, como mínimo doble, interpretación y praxis, no es necesario concluir la inconstitucionalidad, sino que hay que seguir aquella interpretación y práctica que sean conformes con la Constitución (art. 5.1, 2 y 3 LOPJ).

En la crítica al régimen de la ejecución de la LJCA de 1956 se reunían argumentos de dos clases: unos relativos a la ambigua formulación legal de la supremacía de la jurisdicción en la dirección de la ejecución; otros -tal vez menos conscientes- referidos a una valoración negativa de naturaleza técnica y político-jurídica de ese régimen legal.

Efectivamente el examen de ese régimen permitía concluir que:

1.º) No autorizaba ni en general, ni en supuestos específicos, una inejecución en sentido absoluto de la sentencia.

2.º) En cambio sí que prescindía, de entrada, de la que para algunos es la ejecución forzosa en sentido estricto, es decir, la realizada por medios de subrogación (actividad de un tercero sustitutiva de la del condenado). Y prescindía de ella aunque estos medios de ejecución fueran posibles jurídicamente y de hecho (entrega de cantidad de dinero, de cosas muebles o inmuebles, prestaciones de hacer fungible o de deshacer lo mal o indebidamente hecho).

3.º) La ejecución por medios de coacción o medidas coercitivas (que fuerzan el cumplimiento por el propio condenado) se establecía más allá de los casos en que de hecho es necesaria, dado que ocupaba el lugar de los medios ejecutivos directos, más eficaces y de hecho en principio posibles. Por otra parte los medios coercitivos establecidos eran inefectivos, porque se limitaban a la promoción de un proceso penal de resultados obviamente inciertos. Su efectividad era más psicológica que jurídica.

4.º) Además, con los supuestos de inejecución aumentaban (porque en los casos de imposibilidad de ejecución, ya se daba esta consecuencia) las posibilidades de inejecución en forma específica, sustituida por la ejecución en forma genérica dineraria (de la prestación dineraria indemnizatoria).

5.º) Era difícil, sin embargo, afirmar netamente que todo esto fuera contrario a los arts. 24.1 y 117.3 CE. Primero, si se tiene en cuenta que el TC ha afirmado que el derecho a la ejecución, no es el derecho a una ejecución en forma específica, sino que, por causas razonables, puede ésta sustituirse por la de una prestación pecuniaria equivalente (Ss 32/1982 de 7 de junio, 58/1983 de 29 de junio, 67/1984 de 7 de junio y 149/1989 de 22 de septiembre, entre otras). Segundo, porque este régimen, aunque con deficiencias -como en el proceso civil-, no niega completamente la efectividad.

Pero, incluso si se aceptan los criterios de la segunda orientación apuntada, no era solución idónea a largo plazo la de apurar las posibilidades interpretativas del régimen legal, sino que había que tender a una reforma del mismo para perfeccionarlo. El perfeccionamiento debía producirse en una doble dirección: eliminar la ambigüedad en la formulación legal de la supremacía jurisdiccional en la ejecución y mejorar técnicamente y en cuanto a su efectividad el régimen de la actividad ejecutiva. Veamos, en líneas generales, qué novedades presenta en esos dos aspectos la nueva LJCA.



*C) Características generales del proceso de ejecución en la nueva LJCA.*

Previamente al estudio más detallado que realizará en éste y en los dos siguientes capítulos, se ofrece ahora una síntesis de los aspectos más importantes del nuevo régimen legal.

1º) Las disposiciones de la nueva LJCA formulan expresa y claramente que la potestad de dirección y de resolución en el proceso de ejecución es potestad jurisdiccional y está atribuida a los órganos jurisdiccionales: el art. 103.1 establece que “la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones jurisdiccionales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional”; del art. 104 resulta que la potestad jurisdiccional domina el plazo de cumplimiento voluntario de la sentencia; el art. 105 revela que está sometida a esa potestad la apreciación de los casos de imposibilidad de ejecución y de una de las causas de expropiación de los derechos e intereses reconocidos por sentencia; según el art. 106.4 también está sometida a la potestad jurisdiccional la apreciación de trastorno grave a la Hacienda de la Administración condenada y la fijación de la forma especial de pago en esos supuestos; los artículos 107 y 108 se refieren a actividades ejecutivas impropias y propias que compete realizar al órgano jurisdiccional; en fin, el art. 112 atribuye a éste la potestad de imponer multas coercitivas.

2º) El nuevo régimen presenta defectos desde el punto de vista de la técnica jurídica procesal. No tiene gran importancia -porque es difícil encontrarle mejor enclave sistemático- que incluya en el proceso de ejecución la regulación (art. 107) de ciertas actividades complementarias para la realización de los efectos favorables de la sentencia, aunque no sean pronunciamientos de condena y, por tanto, no den lugar a ejecución propiamente. Más criticable es que no se regulen con precisión los títulos ejecutivos y sus requisitos, porque esa regulación es postulada por la tipicidad de esos títulos y es adecuada a la función de garantía que esa tipicidad cumple.

3º) Establece expresamente en el art. 108.1, b, la actividad ejecutiva a desarrollar para las condenas a emitir una declaración de voluntad, en este caso, un acto administrativo. La ley opta por reconocerle a la sentencia, si la Administración no ha dictado en plazo el acto debido, los efectos de ese acto. Pero para que la sentencia y la actividad ejecutiva no sean divergentes (arts. 87.1, c y 109.1) será necesario que los pronunciamientos de la sentencia ya

cumplan de antemano los requisitos de validez del acto administrativo correspondiente, de modo que las medidas a las que se refiere el art. 108.1, b, se limiten a ser las que completan la regularidad del acto.

4º) La actividad ejecutiva por prestaciones de dar no es considerada especialmente, con la excepción de las prestaciones de dar dinero (art. 106). Aquella actividad ejecutiva puede ser subsumida en el régimen establecido para las prestaciones de hacer (art. 108), porque el dar comprende un hacer jurídico -el acto administrativo necesario para transferir el bien- y un hacer material -la entrega de posesión-. En cualquier caso no parece, en una primera aproximación, que con la ambigua expresión del art. 108.1, a (“Ejecutar la sentencia a través de sus propios medios”) se haya establecido la ejecución por subrogación en esta materia.

5º) la actividad ejecutiva por prestaciones de hacer, entendidas ahora como realización de actuaciones materiales, ha mejorado su regulación (art. 108) incorporando técnicas construidas por la práctica jurisprudencial posterior a la Constitución. Sin embargo, afrontar una materia tan compleja con una configuración de los medios tan notablemente insuficiente, dificultará tanto la aplicación de la técnica del comisionado o comisario -que asume a los solos efectos de posibilitar la ejecución la competencia del órgano correspondiente de la Administración condenada-, como la técnica del “hacer a costa” de la Administración condenada, consistente en la realización de la prestación por una entidad pública o privada con cargo al presupuesto de la Administración condenada -procedimiento a cuyos problemas hay que añadir los que plantea su necesario complemento; es decir, la ejecución por prestaciones dinerarias-.

6º) La actividad ejecutiva por prestaciones de no hacer no es directamente considerada, pero hay normas que le pueden ser aplicadas con utilidad. Si aquella actividad ejecutiva ha de consistir en deshacer lo hecho contra lo establecido en el fallo, puede realizarse de acuerdo con lo previsto para las prestaciones de hacer (art. 108.3). Es en cambio dudoso si las multas coercitivas (art. 112, a) pueden ser impuestas no sólo para forzar a realizar actividades positivas, sino también para reprimir actividades contrarias a una condena a abstención.

7º) En la actividad ejecutiva por prestaciones dinerarias (art. 106) se ha renunciado a un establecimiento matizado de la ejecución por subrogación, aunque la nueva redacción del art. 154.2 de la Ley reguladora de las

Haciendas Locales -que permite el embargo de los bienes patrimoniales no afectos al uso o al servicio públicos- y la probable inconstitucionalidad de otras normas que, sin otra matización, prohíben el embargo de bienes patrimoniales, abren indudables posibilidades a aquella forma de ejecución. Una aproximación a esa forma de ejecución -en el sentido de que prescinde de la voluntad de la Administración acreedora- es la compensación de créditos de la Administración frente al ejecutante. Manteniéndose la ejecución por prestaciones dinerarias en la forma tradicional de cumplimiento por vía de inclusión en presupuestos y ejecución de las previsiones de los mismos, ha mejorado aparentemente el régimen del crédito presupuestario destinado a la ejecución y se ha establecido un régimen de intereses procesales que, sin desatender las exigencias de la gestión presupuestaria, incentiva la rapidez del cumplimiento o compensa la demora.

8º) Se han establecido dos instrumentos generales para garantizar la efectividad de la actividad ejecutiva. El primero, la nulidad de pleno derecho de los actos y disposiciones destinados a contrariar la ejecución (art. 103. 4 y 5), fue creado jurisprudencialmente y es aplicable tanto a supuestos de ejecución impropia como de ejecución en sentido estricto. El segundo es un régimen de multas coercitivas (arts. 112, a, y 48) que pueden ser impuestas por el órgano jurisdiccional competente para la ejecución y que, a diferencia de la promoción de la exigencia de responsabilidad penal, representan una verdadera medida coercitiva instrumental de una ejecución indirecta, porque el órgano de la ejecución controla el efecto jurídico y material de la sanción.

## **Parte cuarta**

### **La tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo**

#### **1.- Introducción.**

El régimen de la tutela judicial cautelar de las situaciones jurídicas litigiosas comprende una doble regulación.

De un lado la regulación de las medidas cautelares, es decir de los presupuestos que han de concurrir para que el juez deba conceder la tutela y del contenido o efectos de la misma.

De otro, la regulación del procedimiento para resolver sobre la tutela pedida.

En ambos aspectos la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa contiene importantes novedades respecto a la ley anterior, que había experimentado en esta materia un considerable desgaste jurisprudencial en los últimos años.

En la ley derogada se regulaba una medida típica (la suspensión del acto o disposición impugnados) con presupuestos determinados.

La realidad hizo notar las insuficiencias de esa configuración de la tutela y hubo desde intentos de aplicación del art. 1428 LEC como norma supletoria, hasta otros intentos constructivos de una tutela cautelar menos preocupados por un anclaje jurídico-positivo y realizados con fundamento directo en el derecho a la tutela judicial efectiva.

El régimen de las medidas cautelares en la nueva ley es directamente tributario de las construcciones jurisprudenciales y doctrinales mencionadas.

La ley opta por un régimen de medidas indeterminadas. En vez de establecer medidas o efectos cautelares específicos la ley encarga al juez que los diseñe con ajuste al concepto indeterminado de que sean medidas que “aseguren la efectividad de la sentencia” (art. 129.1). Esta técnica no excluye que el juez pueda echar mano de la suspensión del acto o de la disposición (que son citadas, pero escasamente reguladas en el nuevo texto legal: arts. 129.2, 130.1, 134.2 y 127) y de otros modelos de medidas o efectos cautelares

previstos en el ordenamiento, específicamente en materia administrativa (anotaciones preventivas en Registro de la Propiedad) o relativos a otras materias jurídicas (depósitos judiciales de cosas muebles, intervenciones judiciales de administración de patrimonios), pero no le limita a ello, sino que le permite configurar medidas y efectos ajustados a la necesidad concreta de tutela cautelar.

Tampoco la ley establece unos presupuestos específicos para las medidas -es comprensible dado lo anterior-, pero es que al regular los presupuestos de las medidas que el juez entienda que puede adoptar, no lo hace fijando los ya clásicos en el proceso civil apariencia de derecho, peligro en la demora y caución. Las disposiciones en las que se establecen los presupuestos (arts. 129, 130, 133 y 136) necesitan una interpretación específica para determinar como juegan aquí aquellos presupuestos clásicos de la tutela cautelar.

## **2.- En general sobre los presupuestos de las medidas cautelares.**

La lectura de los arts. 130 y 136 conduce, de entrada, a constatar alguna diferencia en cuanto a los presupuestos entre las medidas cautelares de un proceso principal en el que se hayan interpuesto pretensiones de anulación de un acto o disposición y pretensiones accesorias de tal anulación (art. 31), y medidas cautelares de procesos en los que se interponga, o se prevea interponer, pretensiones autónomas de condena por inactividad de la Administración o por vía de hecho (art. 32).

Para las primeras el art. 130 omite toda referencia -como mínimo expresa- a la apariencia de derecho como presupuesto de la medida, y hace depender el pronunciamiento sobre la medida de una valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, valoración en la que el sentido de la decisión, la inclinación hacia la tutela cautelar de alguno de tales intereses, vendrá determinada por la evitación de que la falta de la medida “haga perder su finalidad legítima al recurso” o por la evitación de “perturbación grave de los intereses generales o de tercero”.

Para las segundas el art. 136 menciona, expresamente y en primer término, el presupuesto de la apariencia de derecho, para excluir la medida cautelar cuando tal apariencia es especialmente intensa en favor de la posición de la Administración demandada, pero también se refiere a la ponderación de

intereses y a la perturbación grave de los intereses generales o de tercero como causa de exclusión de la medida.

De entrada, y sin perjuicio de una mayor reflexión, no creo que puedan separarse rígidamente, en cuanto a los presupuestos, las dos clases de medidas. Respecto de las primeras cabe pensar razonablemente que uno de los criterios que puede influir en la decisión de la valoración o ponderación de los intereses es el grado de probabilidad de la perspectiva de tutela en la sentencia principal con el aparezcan los diferentes intereses -el del actor; los intereses protegidos por la actuación administrativa-. Por otra parte una rígida diferenciación debería conducir a no entender aplicable el art. 133.1 a las medidas relacionadas con la segunda clase de pretensiones, lo que sería incomprensible por reducir las posibilidades de tutela cautelar (al deberse negar, por imposibilidad del reajuste autorizado por ese precepto, las medidas solicitadas) precisamente en un supuesto en el que el art. 136.1 parece querer ofrecer mayores posibilidades de tutela cautelar. Salvo matices me inclino por pensar que los presupuestos no son diferentes para medidas relacionadas con una y otra clase de pretensiones. Estudiaremos, por tanto, los presupuestos conjuntamente, advirtiendo en su caso de las especialidades que puedan darse.

### **3.- La valoración o ponderación de los intereses en conflicto: intereses que han de ser valorados, criterios para efectuar la valoración, un modelo de juicio de valoración.**

*A) Necesidad de la ponderación de intereses para la resolución sobre cualesquiera medidas cautelares.*

El sentido de la resolución sobre la medida cautelar depende de una valoración circunstanciada de los intereses en conflicto.

La duda sobre si para las medidas cautelares instrumentales de pretensiones autónomas por inactividad o por vía de hecho este juicio de ponderación no es siempre condicionante, dado que, en principio, el art. 136.1 establece la concesión preceptiva de las medidas excepto que se “aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos” -es decir: supuestos de carencia total de *fumus boni iuris* de la pretensión-, ha de descartarse. Lo cierto es que estas medidas no pueden ser concedidas sin previa valoración de su incidencia en los intereses generales o de terceros, para determinar si causan en ellos una grave perturbación (en tal caso procede

denegarlas de acuerdo con el art. 136.1) o “perjuicios de cualquier naturaleza” (en tal caso procede concederlas con contracautelas: art. 133.1).

Este modo de regular los presupuestos de la tutela cautelar impone examinar, en primer término, qué intereses han de ser tomados en consideración en ese juicio de valoración, y, en segundo lugar, cómo debe realizarse ese juicio.

*B) ¿Qué intereses han de ser considerados en la valoración ponderada?*

En la valoración ponderada han de ser tomados en consideración todos los intereses en conflicto (directamente art. 130.1; indirectamente art. 136.1, que hace concurrir los intereses afectados por la inactividad o la vía de hecho con los intereses generales y de terceros).

En principio la formula utilizada para determinar los intereses atendibles parece expansiva (“*todos* los intereses en conflicto”). Más bien pienso que la referencia a que tales intereses estén *en conflicto*, funciona como delimitadora de los intereses jurídicos que deben ser atendidos en el juicio ponderativo, en el sentido de que sólo han de tenerse presentes aquellos intereses jurídicos que resultan afectados por la actuación administrativa a la que se refiere la pretensión procesal y que resultarán afectados también por la sentencia que resuelva sobre ésta. Esto lo impone igualmente el carácter instrumental de la tutela cautelar, que no justifica que los efectos de ésta se proyecten más allá, en cuanto a los sujetos, de lo que se extenderá la tutela judicial del proceso principal.

Para la determinación, en los asuntos concretos, de los intereses atendibles sirven las mismas normas que atribuyen la legitimación en el proceso principal (art. 19-22). Los derechos e intereses legítimos que, atendida la actuación administrativa a la que se refiere la pretensión, atribuyen legitimación activa y pasiva son los que deben ser considerados en el juicio de ponderación, prescindiendo de otros intereses cuya afectación no llegue al grado necesario para atribuir legitimación. Este razonamiento traslada las dificultades de especificación de tales intereses a las que ya se plantean para establecer las calidades de los intereses legitimantes, pero tiene el mérito, a mi juicio, de fijar un límite coherente al juicio de ponderación en el que ha de apoyarse la decisión sobre las medidas cautelares.

*C) Las reglas de la valoración o ponderación.*

Acerca de la cuestión de cómo valorar y ponderar los derechos e intereses legítimos afectados sientan los arts. 130 y 136 una regla expresa sobre el método de valoración, a la que también se dio gran importancia en la evolución doctrinal y jurisprudencial que ha precedido a la nueva ley: debe ser una “valoración circunstanciada”, el Tribunal “ponderará en forma circunstanciada”.

No es la ley, sin embargo, tan clara a la hora de expresar cuáles son los criterios para hacer la valoración, las que podríamos llamar “reglas de fondo” de la misma, aquéllas que el juez habrá de aplicar para hacer predominar un interés sobre otro a la hora de resolver sobre la tutela cautelar. Preguntarse por esas reglas es, sin duda, un problema real, puesto que, además de ser lógicamente requeridas para realizar ese juicio sin arbitrariedad (art. 9 CE), el art. 132. 2 presupone que se han tenido presentes al establecer que “No podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares ... en razón de la modificación de los criterios de valoración que el juez o tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar”.

*a) El carácter circunstanciado de la valoración.*

El énfasis de la ley en el carácter circunstanciado de la valoración -que a mi juicio ha de tener una precisa repercusión en la amplitud de la motivación de las resoluciones sobre la tutela cautelar- se explica por la decidida finalidad de corregir enjuiciamientos de pretensiones cautelares decididos (negativamente) mediante una invocación genérica del interés público o general al que debe entenderse que sirve, en hipótesis, toda actuación de la Administración <sup>39</sup>.

Frente a esto la ley impone ahora que se realice un examen particularizado de los riesgos que la inevitable demora procesal supone para

---

<sup>39</sup> Sobre la jurisprudencia y doctrina que reconocieron relevancia, a efectos de la suspensión del acto o disposición impugnados, a la valoración concreta de la afectación de los intereses generales, véase SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso*, en RAP, 1983, páginas 1609-1626; PAREJO ALFONSO, L., *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo*, en REDA, 1986, páginas 19-44; FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., *La influencia de la Constitución en la jurisprudencia sobre suspensión de los actos administrativos*, en RAP, 1989, páginas 277-300; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La suspensión de la suspensión del acto administrativo*, en REDA, páginas 116-118; RODRÍGUEZ-ARANA, J., *Régimen jurídico de la suspensión del acto administrativo en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de 1978*, en RGD, 1989, páginas 3551-3554; RODRÍGUEZ-ARANA, J., *De nuevo sobre la suspensión judicial del acto administrativo (1986-87)*, en REDA, 1989, páginas 639-648; CHINCHILLA MARÍN, C., *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, en RAP, 1993, páginas 177-179.



cada potestad (para el interés público al que debe servir), derecho o intereses legítimo afectado, de modo que hay que razonar especialmente sobre los riesgos que afectarán a cada una de tales posiciones jurídicas.

Valoración o ponderación circunstanciada puede significar también valoración o ponderación concreta, lo que daría entrada al presupuesto del *fumus boni iuris*, de la apariencia de derecho, en el sentido de que el nivel de apreciación circunstanciada podrá llegar hasta el punto de tener en cuenta el grado de probabilidad de las perspectivas de que obtengan tutela en la sentencia definitiva las potestades, derechos o intereses afectados, a los efectos de hacer prevalecer la protección (provisional) de aquél que, de hecho y de derecho, tenga mejores perspectivas de obtener la protección judicial definitiva.

La característica de “circunstanciado” que ha de tener el juicio de valoración o de ponderación puede tener, pues, un doble significado.

Un primer significado sería el de que el juez, considerando como hipotéticamente merecedores de tutela en la sentencia definitiva la potestad (interés público por ella servido), el derecho o el interés legítimo -todos los cuales son, de momento, sólo litigiosos-, examinara las consecuencias que tendría para cada una de tales posiciones jurídicas adoptar y no adoptar la medida cautelar, con vistas a justificar el otorgamiento de la protección provisional a aquélla de tales posiciones que representara el valor jurídico que mereciera, con preferencia, conservar la opción de una satisfacción específica definitiva.

Un segundo significado consistiría en que el juez pueda, a la vista de los hechos que consten en autos (también en el expediente administrativo aportado) y de la apreciación jurídica que en tales hechos se pueda sustentar, justificar el otorgamiento de la protección provisional a la posición jurídica con más probabilidades de ser definitivamente tutelada.

Estos dos modos de entender el carácter circunstanciado del juicio de ponderación pueden ser alternativos -en el sentido de que, presupuesta la dificultad de pronosticar con seguridad suficiente cómo será definitivamente resuelta la cuestión litigiosa, e, incluso, la improcedencia de intentar tal pronóstico, el ordenamiento puede excluir el segundo significado del juicio circunstanciado y limitarse al primero- o pueden ser parcialmente complementarios -en el sentido de que, estableciendo como imprescindible

realizar la valoración circunstanciada según su primer significado, autorice a que el pronóstico sobre el sentido de la sentencia pueda tener alguna incidencia en la resolución sobre la tutela cautelar-. Me inclino por la segunda opción.

*b) Los criterios para realizar la valoración o ponderación*

El juez valora y pondera los intereses afectados, pero ¿con qué criterios decide cuáles de ellos son merecedores de la protección provisional y cuáles no?.

Esta cuestión puede tener una primera respuesta bastante lógica. Las normas jurídicas materiales no son otra cosa más que criterios acabados para decidir, en una contraposición de intereses, cuál de ellos y en qué medida debe ser preferido frente a los demás intereses en presencia. ¿Serán aquí las normas materiales -es decir: las normas que habrán de aplicarse en sentencia definitiva para resolver sobre la pretensión- las que deberán utilizarse como criterios para decidir en la valoración o ponderación?. Esta cuestión nos sitúa nuevamente ante el problema del difícil pronóstico del que puede ser el contenido de la sentencia final y del juego que pueda tener el *fumus boni iuris* como presupuesto de la tutela cautelar en el proceso administrativo.

Si no se han de utilizar, o no se pueden utilizar exclusivamente, los criterios que resultan de las normas jurídico-materiales es imprescindible echar mano de criterios de contenido más indeterminado como la “preservación del fin legítimo del recurso”, la “perturbación grave de los intereses generales o de tercero” para regir la elección del interés más digno de tutela provisional. En ocasiones ha sido objeto de crítica la utilización del criterio indeterminado de los intereses generales, porque siendo así que la Administración debe servir tales intereses sólo con las potestades que la ley le atribuye, no cabe determinar si realmente son esos intereses los que están siendo servidos en un caso concreto sin un examen, aunque sea sumario, de la legalidad de la actuación de la Administración <sup>40</sup>. Por otra parte, la identificación de unos intereses generales y la determinación de su

---

40 Véase, principalmente, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del fumus boni iuris (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general*, en “La batalla por las medidas cautelares”, Madrid, 1992, páginas 176-177; del mismo, *La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la “apariencia de buen derecho” para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad*, en “La batalla por las medidas cautelares”, Madrid, 1992, páginas 203-207.

prevalencia sobre el interés que hace valer el actor no puede hacerse sin la consideración de reglas más específicas constitucionales y legales <sup>41</sup>. Me parece que la utilización de un examen sumario de la legalidad de la actuación de la administración y de la posición del actor (exámenes sumarios que deben ser vistos como las dos caras de una misma moneda) es defendible en alguna medida.

Sí que tiene una respuesta más segura la cuestión -que suscita la conjunción alternativa utilizada en los arts. 130 y 136- de si la referencia a los intereses de terceros es una referencia autónoma respecto de los intereses generales o lo es a tales intereses de terceros en cuanto sean coincidentes con el interés general que la Administración también deberá aducir como gravemente perturbado por la medida que se pretende. No creo que pueda concebirse una actuación administrativa sólo al servicio de intereses de terceros, que, a la vez, no esté al servicio de algún interés público o general, de modo que esa referencia debe ser entendida de modo acumulativo.

La utilización como criterios para priorizar los intereses valorados de los conceptos jurídicos indeterminados que se han citado antes, se explica mejor si se tiene en cuenta que la contraposición de intereses sobre la que se ha de decidir al resolver sobre la tutela cautelar, no es la de los intereses regidos por las normas de Derecho material -normas que, sin duda, habrán de aplicarse en la sentencia, aunque luego esta sentencia tenga dificultades de cumplimiento pleno y exacto y deba ser cumplida parcial o totalmente por equivalente-, sino la de los intereses marginales de no soportar los riesgos de la demora procesal. En este sentido resulta muy clara, a pesar de la indeterminación de la formula que utilizan, la disposición de los arts. 130.2 y 136.1 que no imponen que se denieguen las medidas cautelares simplemente porque la posición jurídica del actor no concuerde con los intereses generales -como debería ser si pudiera entenderse que, al resolver sobre la medida cautelar, se estuviera resolviendo el mismo conflicto del que son reglas de decisión las normas del Derecho Administrativo aplicables en la sentencia de fondo-, sino que imponen desestimar las medidas sólo si, a pesar de ser

---

41 Sirva como referencia que en las resoluciones sobre suspensión de actos de expulsión de extranjeros, que analiza UTRERA CANO, S. F., *La expulsión de extranjeros del territorio nacional y su suspensión por la vía del artículo 7 de la Ley 62/1978 (Un análisis de jurisprudencia)*, en RAP, 1993, páginas 265-281, la afectación grave al interés general se verifica en atención a las causas de expulsión de la Ley de Extranjería aducidas por la Administración, a lo que, según el comentarista, debería añadirse, para mejor fundamento de las resoluciones, otras constataciones reveladoras de la gravedad e inmediatez de tal afectación.

necesarias para preservar la finalidad legítima de la pretensión, causan una grave perturbación a los intereses generales o de terceros.

Que el actor tenga que soportar esos riesgos -por no haberle concedido el juez la tutela cautelar por él solicitada- significa que los derechos o intereses que la sentencia firme venga a reconocerle, pueden quedar expuestos a la ineludible aplicación del art. 105.2 (indemnización compensatoria de la imposibilidad material o legal de cumplimiento pleno de la sentencia). Si es la Administración la que ha de soportar esos riesgos -por haberse concedido la tutela cautelar solicitada- son los derechos o intereses a los que sirven las potestades de la Administración los que quedan expuestos igualmente a una insatisfacción específica total o parcial, en su caso sólo reparable por equivalente, mediante una indemnización pecuniaria.

Los criterios para optar por la posición más merecedora de protección cautelar son, pues, de dos clases: unos tienen que ver con el pronóstico sobre el otorgamiento de la tutela judicial definitiva a alguna de las posiciones en litigio, otros con el grado de necesidad de esa protección que tenga cada una de tales posiciones.

*D) La dudosa función de la apreciación de la apariencia de derecho.*

Las medidas cautelares en el proceso civil tienen como uno de sus presupuestos la llamada apariencia de derecho o también *fumus boni iuris*.

La razón de ser de tal presupuesto es la siguiente. La previsión legislativa de medidas cautelares es explicable por la consideración de un eventual resultado procesal favorable al actor. Cuando se inicia un proceso esta eventualidad es, desde luego, siempre posible. Sin embargo, así como sería inicuo condicionar el acceso al proceso a una cierta demostración preliminar de la realidad del derecho que se hace valer, por cuanto supondría cortar la posibilidad misma de reconocimiento del derecho, es, por el contrario, aceptable que para la concesión de una medida cautelar, que implica una injerencia en la esfera jurídica del demandado, se requiera que pueda formarse un juicio positivo sobre un resultado favorable al actor.

Ahora bien, esa exigencia no puede llevarse hasta el extremo de que el material (alegaciones, pruebas) que el juez deba tomar en consideración para otorgar la medida, tenga que ser el mismo que el necesario para resolver sobre el objeto del proceso principal, y deba ser aportado y tratado del mismo modo que para este último se halla establecido. De ser así se incurriría en una

duplicación de la instrucción, pero, sobre todo, la medida cautelar no podría cumplir la función que tiene encomendada, pues se reproduciría a su respecto el obstáculo que está destinada a superar: el retraso de la resolución eficaz para incidir en la esfera jurídica del demandado, impuesto por la necesidad de una actividad procesal previa orientada a verificar, con todas las garantías, la concurrencia de los presupuestos de aquella resolución.

Para que la medida cautelar pueda cumplir su función, la demostración de la situación jurídica para la que se pide tutela cautelar ha de quedar en el grado de la mera probabilidad, de la prueba semiplena, del acreditamiento, sin necesidad de alcanzar la plena convicción del juez. Para llegar a ese resultado no es preciso poner en juego todos los medios de prueba, ni el procedimiento normal de su práctica, sino que la ley considera suficiente un principio de prueba, por regla general resultante de documentos (aunque estos no deben someterse al procedimiento de práctica de la prueba documental) <sup>42</sup>.

Advertí en otro lugar que ni la antigua LJCA, ni otras leyes reguladoras de la medida cautelar de suspensión en el proceso contencioso-administrativo, se referían a la apariencia de derecho como presupuesto de las medidas cautelares, “pero no sería justo conceder la suspensión ante una pretensión principal que no aparezca provista de algún fundamento. En todo caso la ley no requiere específicos medios de acreditamiento: pueden bastar las afirmaciones de las partes y, si se pide en momento avanzado de la tramitación del proceso principal, cabe acudir a los materiales aportados a éste o a las resoluciones en él dictadas (art. 96.2)” <sup>43</sup>.

Una doctrina jurisprudencial iniciada por el Tribunal Supremo a principios de los 90, precedida de una influyente doctrina científica <sup>44</sup>, vino a

---

42 Sobre este presupuesto de las medidas cautelares, ORTELLS RAMOS, M. (Con CALDERÓN CUADRADO, M.P.), *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Granada, 1996, páginas 12-14; ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo (doctrina y jurisprudencia)*, Granada, 1998, páginas 13-15.

43 ORTELLS RAMOS, M. y otros, *El proceso contencioso-administrativo*, Granada, 1998, página 173.

44 Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La sentencia Factortame (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho Comunitario aun a costa de su propio Derecho nacional. Trascendencia general de la sentencia en el Derecho Comunitario y en el sistema español de medidas cautelares*, en “La batalla por las medidas cautelares”, Madrid, 1992, páginas 123-128; del mismo, *La aplicación de la “apariencia de buen derecho” como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos*, en “La batalla por las medidas cautelares”, Madrid, 1992, páginas 233-244; del mismo, *La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la “apariencia de buen derecho” para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio*

darle al *fumus boni iuris* una influencia en la concesión de la medida cautelar de suspensión que no se corresponde con la función de tal presupuesto de la tutela cautelar, que he explicado poco más arriba. En síntesis esa doctrina jurisprudencial venía a sostener que ese presupuesto podía ser suficiente para la adopción de la medida cautelar, dado que si el juez apreciaba la apariencia de buen derecho en favor de la pretensión del recurrente quedaba contrarrestada la presunción de legalidad del acto administrativo y, con ello, el fundamento de su eficacia ejecutiva <sup>45</sup>.

Significativos de esta corriente jurisprudencial son los autos de 20 de diciembre de 1990 (RA 10412) -aunque, como luego explicaré, la doctrina de este auto es más matizada- y 17 de enero de 1991 (RA 503), primeras resoluciones en las que el TS se refiere a la concurrencia de una apariencia de buen derecho en el proceso administrativo cautelar, doctrina que después se mantiene en otros autos del TS como los de 10 de julio de 1991 y 9 de diciembre de 1993 (RA 9548).

En el caso que contempla el ATS de 9 de diciembre de 1993 (RA 9548), la apariencia de buen derecho resulta del pronunciamiento contenido en la sentencia recurrida: "Según ha declarado reiteradamente esta Sala en numerosas sentencias, cuando el principio de presunción de legalidad del acto administrativo que consagran los arts. 45.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 122.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción se ve destruido, `prima facie`, por una apariencia de buen derecho en la posición del recurrente, no contestada seriamente por la Administración, esta eliminación provisional de uno de los fundamentos de la ejecutividad de tal acto habrá de afectar, temporalmente, a su virtualidad. En esta línea, la jurisprudencia viene recogiendo la doctrina denominada del `fumus boni iuris`, como causa determinante de la suspensión, principalmente cuando el control de la ejecutividad del acto se desarrolla en grado de apelación y, por el transcurso del tiempo, haya recaído entre tanto sentencia estimatoria del recurso contencioso-administrativo en primera instancia, aunque no haya ganado firmeza por haber sido a su vez recurrida en apelación, pero que, pese a ello, viene a dotar de una clara

---

*administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad*, en "La batalla por las medidas cautelares", Madrid, 1992, páginas 189-211; del mismo, , *Sobre la posibilidad de que las jurisdicciones nacionales adopten medidas cautelares positivas (y no sólo suspensiones) contra los actos de sus Administraciones respectivas dictados en ejecución de Reglamentos comunitarios cuya validez se cuestiona (Sentencia Atlanta del Tribunal de Justicia, de 9 de noviembre de 1995)*, en REDA, 1995, páginas 565-579

45 Críticamente frente a estas tesis CHINCHILLA MARÍN, C., *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, en RAP, 1993, páginas 171-178; BOQUERA OLIVER, J. M., *Insusceptibilidad de suspensión del acto administrativo*, en RAP, 1994, páginas 62-70; VECINA CIFUENTES, J., *La trascendencia del fumus boni iuris como presupuesto de las medidas cautelares. Especial consideración a los procesos administrativo y constitucional. (A propósito del Auto del Tribunal Constitucional de 1 de diciembre de 1993)*, en RDPro, 1995, páginas 259-289.

apariencia de buen derecho a la posición de la parte recurrente; que es precisamente lo que sucede en el caso litigioso".

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1996 (RA 5721) señala que "para que proceda la aplicación de la doctrina del *fumus boni iuris* como causa de suspensión del acto recurrido es necesario que concurra una apariencia razonable de buen derecho en la posición del recurrente y la falta de una argumentación sólida de la Administración que destruya aquella apariencia".

Sorprendentemente -y lo digo porque ese "descubrimiento" del *fumus boni iuris* difícilmente podía pasar desapercibido al legislador- en el régimen de las medidas cautelares de la nueva LJCA tampoco se establece con claridad que la apariencia de derecho sea presupuesto de las medidas cautelares. Las únicas referencias al *fumus boni iuris* se hacen en los arts. 136.2 -según el cual "no podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate", lo que limita en cierto sentido la influencia de las variaciones en la apreciación del *fumus* en las medidas ya adoptadas- y 132.2 -que excluye la adopción de las medidas instrumentales de pretensiones de condena por inactividad y por vía de hecho si se aprecia "con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos (29 y 30 LJCA)", lo que implica que, para estas medidas, es necesario un cierto grado de apariencia de fundamento de la pretensión-.

Entiendo que la apariencia de derecho puede entrar -como ya avancé más arriba- por una doble vía a ser factor influyente en el juicio que fundamentará la decisión sobre la medida cautelar: por un lado, en atención a que el juicio de ponderación de los intereses en conflicto ha de ser un juicio circunstanciado, lo que puede entenderse en el sentido de que ha de ser concreto, es decir, realizado en atención a los hechos relevantes para la decisión sobre la pretensión que resulten acreditados; por otro lado, en atención a que entre los criterios atendibles para determinar el derecho o interés preferentemente merecedor de la tutela cautelar deben estar, aunque no sea con carácter exclusivo, las normas materiales y, consecuentemente, el pronóstico de cuál de los derechos o intereses en conflicto será previsiblemente tutelado.

En todo caso, es evidente que el legislador no ha optado por hacer de la valoración del *fumus* un criterio de decisión que, de estar presente, impondría sin más la concesión de la medida, porque se deduce de lo dispuesto en el art.

130 que aunque se concluyera, en una primera etapa del juicio de ponderación, que, sin la medida, la pretensión podría perder “su finalidad legítima” -cabe pensar: la más plena y exacta satisfacción de la pretensión, que correspondería en el supuesto del pleno fundamento de la misma-, la medida no debe ser adoptada si con ella se puede originar, mientras se desarrolla el proceso principal, una perturbación grave de los intereses generales; de esto deriva que la preservación de estos últimos intereses es considerada por el legislador como lo que debe ser preferido, en definitiva, en el juicio de ponderación. Y de modo similar se dispone en el art. 136.1.

En definitiva, la apreciación del *fumus boni iuris* es un factor más en el juicio de ponderación que ha de fundamentar la decisión sobre la medida cautelar. Ese era, por cierto, el papel que le asignaba el ATS de 20 de diciembre de 1990 (RA 10412).

Dice este auto, iniciador de la doctrina jurisprudencial sobre la influencia del *fumus*: "Aquí nos encontramos con que el acto cuya suspensión se solicita ordena el cese en la actividad de unas cuadras para ganado ovino 'en base' -dice- a una determinada sentencia del Tribunal Superior de Aragón cuya firmeza no consta y, desde luego, se niega por el apelante sin que se discuta esta negativa por el Ayuntamiento. Y todo ello conecta con otro acto administrativo también sub iudice en que se afirma -sin mayor razonamiento- que los hermanos I., aquí apelantes, han incumplido las condiciones de la licencia concedida (...). Es claro entonces que el propio Ayuntamiento está reconociendo que *prima facie* la situación jurídica de los apelantes no es de franca y radical ilegalidad, que incluso parece que una actuación administrativa previa la ampara, que puede haber posibilidad de legalizarla, etc. Por supuesto -y esto debe dejarse perfectamente claro- que haya una apariencia de buen derecho no supone prejuzgar el fondo, porque puede ocurrir que el estudio de fondo destruya esa apariencia en cuyo caso la sentencia que se dicte deberá desestimar las pretensiones de los que aquí aparecen como apelantes. *En todo caso y teniendo en cuenta que la ejecución del acto conlleva perjuicios graves para los recurrentes que viven de la explotación de esas naves para cuadras de ganado, y que no consta qué tipo de perjuicios ni para el interés público ni para terceros pueden seguirse de la no ejecución* (cursiva mía), la suspensión debería haberse acordado simplemente con aplicar literalmente el art. 122 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (...) Y es necesario recordar también que esta fuerza expansiva del citado artículo 24 de la Constitución y su eficacia rompedora de toda irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos como el de la presunción de validez de los actos de la Administración, viene impuesta hoy por ese principio general del derecho comunitario (...) que se resume en que la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón. Este principio general de derecho (...) obliga a impedir los abusos que pueden seguirse del llamado privilegio de autoejecución, impidiendo que pueda el poder público parapetarse en él cuando en un supuesto de hecho concreto -y esto subraya la



necesidad de examinar cada caso y fallar en razón a la concreta individualidad de cada uno- lo que se advierte prima facie, sin que ello suponga prejuzgar el fondo del pleito principal, es una apariencia -apariencia, insistimos- de buen derecho. Esa apariencia, aun siendo sólo eso, basta en un proceso cautelar para otorgar la protección provisional solicitada". Hago notar que el auto no deja de mencionar como fundamentadores de la medida, el inmediato perjuicio grave para el actor y la falta de concreta afectación del interés público o de terceros.

No es excepción a lo dicho que la solicitud de suspensión del acto administrativo se ampare en el art. 111.2, b LRJAPPAC -es decir: en causas de nulidad de pleno derecho-. Si este precepto se entiende aplicable a las medidas cautelares jurisdiccionales, no basta para acordar la suspensión que se aprecie *fumus boni iuris* acerca de la concurrencia de tales causas de nulidad, sino que hay que estar al resultado del juicio de ponderación de intereses previsto en el primer párrafo del artículo y apartado citados.

*E) La función del peligro en la demora y la concepción bilateral del mismo.*

El riesgo de daño que genera la demora de la emisión de la sentencia en el proceso es el fundamento de la tutela cautelar. De la consideración del mismo pueden extraerse diversos criterios para resolver sobre el otorgamiento de la tutela cautelar: qué posiciones jurídicas están más expuestas a sufrir ese riesgo, cuál es la entidad de esas posiciones, cuáles las características del daño que puede causarse a las mismas.

Tampoco en la LJCA hay una formulación directa del presupuesto del peligro en la demora, pero el mismo, sin duda, aparece cuando el art. 130.1 dispone que "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso". Consiguientemente es necesario para la adopción que la demora de la sentencia sin la medida cautelar ponga en peligro ese objetivo, con lo que aparece el clásico presupuesto del peligro en la demora.

Pero la ley no le da al peligro en la demora una funcionalidad unilateral -es decir, no considera sólo el riesgo que afecta a la posición jurídica del actor para disponer que la medida debe ser adoptada si el peligro en la demora concurre-, sino que atiende a su inevitable bilateralidad -es decir, el peligro en la demora también es operativo para la resolución sobre la medida si ese

riesgo pueda afectar a la posición jurídica del demandado a causa, precisamente, de haberse adoptado la medida cautelar-<sup>46</sup>.

El objetivo del juicio de valoración o ponderación es determinar cuál de las posiciones jurídicas ha de soportar el peligro que deriva de la demora procesal y cuál, por el contrario, ha de ser protegida frente al mismo. La concreta existencia de ese peligro es un presupuesto de la resolución sobre la medida cautelar y está integrado por aquellos riesgos que pueden amenazar la efectividad de la sentencia del proceso principal, por la necesaria demora en emitirla, y que la medida cautelar se dirige precisamente a contrarrestar, pero también son relevantes para la apreciación del riesgo de ineffectividad los perjuicios (graves o menos graves) que la medida puede irrogar a los intereses generales y de terceros -es decir: la perspectiva de la efectividad de la sentencia desestimatoria-.

Los riesgos que amenazan a la efectividad de una sentencia presentan una gran variedad<sup>47</sup>, pero con carácter general podemos referirnos a las clases más destacadas de los mismos:

1) Riesgos que afectan a la posibilidad práctica de ejecución considerada en absoluto, como, por ejemplo, el riesgo de insolvencia de un demandado que puede frustrar la ejecución dineraria, bien proceda inicialmente -por contener el título ejecutivo un deber de prestación pecuniaria- o bien proceda por imposibilidad de una ejecución específica de títulos ejecutivos que contengan deberes de prestación de hacer, de no hacer o de dar cosa determinada mueble o inmueble. En los casos en los que es demandada una Administración pública este riesgo no se produce dado que ésta es siempre solvente. En los procesos sobre pretensiones de anulación de acto previamente declarado lesivo, este tipo de riesgo tiene directa relevancia, aunque este supuesto parece no encajar en las previsiones de la ley, únicamente preocupada por las medidas cautelares frente a la Administración y por la ejecución frente a ella; sin embargo, si la Administración no puede ejercitar potestades de autotutela -ni siquiera con efectos cautelares- mientras

---

46 Esta concepción bilateral del peligro en la demora está implícita en el carácter decisivo que la ponderación de intereses en conflicto tiene para la resolución sobre las medidas cautelares, y como este último se debe en buena parte a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la tutela cautelar, acerca de la cual puede verse ORTELLS RAMOS, M., *Doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la tutela cautelar en materias no penales (1981-1996)*, en Tribunales de Justicia, 1997, páginas 624-636.

47 Puede verse ORTELLS RAMOS, M. (con CALDERÓN CUADRADO, M.P.), *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Granada, 1996, páginas 14-15.

el acto declarado lesivo no haya sido anulado por los tribunales, la falta de previsión de medidas cautelares frente al demandado en el proceso de lesividad es una laguna de protección cautelar de la Administración.

2) Riesgos que amenazan a la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica (por ejemplo, que una cosa mueble no pueda ser habida o haya sido transmitida a otra persona con el carácter de irreivindicable y deba procederse a una ejecución genérica; lo segundo respecto de una cosa inmueble) o a la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad (p. ej., cuando se disponga de título ejecutivo podrá realizarse la entrega o puesta en posesión de las cosas muebles o inmuebles, pero estas habrán sufrido transformaciones determinantes de pérdida de valor, respecto a las que se tendrá que aceptar una indemnización).

3) Riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia. Aunque en cuanto a los pronunciamientos meramente declarativos y constitutivos las sentencias no son propiamente título de ejecución, los efectos de seguridad jurídica y de cambio jurídico que producen tales pronunciamientos han de tener realidad práctica. Ejemplo de riesgo para un pronunciamiento declarativo -en un proceso civil- sería el de que la estimación de una pretensión declarativa de dominio devenga inútil, porque, en el ínterin del proceso, el titular registral ha vendido el inmueble a un tercero de buena fe y que ha inscrito a su favor.

4) Por fin, hay una clase de riesgos de ineffectividad que deriva del mero retraso del momento en que pueden producirse los efectos de la sentencia en cuanto por la naturaleza de la situación jurídica a la que la sentencia ha de referirse, ese retraso supone por sí una lesión irreversible de tal situación<sup>48</sup>. Por ejemplo, si la resolución sobre la conformidad a Derecho de la ordenación de servicios mínimos para una huelga convocada en el sector público no se produce antes de las fechas de realización de la misma, el ejercicio del derecho de huelga puede quedar esencial e inevitablemente menoscabado si está vigente una ordenación excesiva de tales servicios<sup>49</sup>.

---

48 Sobre esta clase de riesgos ORTELLS RAMOS, M., *Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428 LEC*, en "Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén", Valencia, 1990, página 401, (también publicado en *Justicia*, 1989, I); CALDERÓN CUADRADO, M.P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, 1992, páginas 169-174.

49 CHINCHILLA MARÍN, C., *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, en *RAP*, 1993, páginas 183-189; BAYLOS, A., *Sobre la suspensión de los actos*

En el proceso administrativo el peligro en la demora ha de ser concebido de modo amplio -es decir, comprensivo de todas las modalidades expuestas- dado que el art. 129.1 dispone que la finalidad de las medidas es asegurar “la efectividad de la sentencia”, lo que comprende sus efectos estrictamente ejecutivos, pero no sólo tales efectos sino también efectos de otra naturaleza -declarativos, constitutivos y pronunciamientos sobre las consecuencias derivadas de la anulación del acto o disposición (art. 31.2)- que han de poder desenvolverse útilmente para el actor cuya demanda sea estimada. Una interpretación restrictiva estaría también excluida por la razón de que la ejecución en el proceso administrativo no parece concebirse con la aparente restricción que la caracteriza en el proceso civil: aunque el objeto principal del proceso y de la sentencia sea la pretensión de anulación, la realización forzosa de los pronunciamientos de reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas es objeto de la ejecución y también su efectividad ha de ser asegurada. Por otra parte el art. 130 utiliza también una fórmula genérica para describir el peligro en la demora: “hacer perder su finalidad legítima al recurso”, lo cual comprende algo más que la eficacia ejecutiva y los riesgos de imposibilitarla o dificultarla de modo grave.

En fin, la consideración de la otra perspectiva de la efectividad -la efectividad de la sentencia desestimatoria-, requiere examinar si las medidas causarán “perturbación grave de los intereses generales o de tercero” (art. 130.2) o “perjuicios de cualquier naturaleza” (art. 133.1), lo que, ciertamente, guarda alguna relación con que continúe siendo posible la ejecución de la sentencia en su momento (plena ejecución del acto o disposición impugnados, aunque la medida sea adoptada y cuando sea desestimada la demanda), pero principalmente requiere valorar la insatisfacción de tales intereses durante la pendency del proceso de declaración en el caso de que la medida sea adoptada. Si la medida causa concretamente una perturbación grave en tales intereses deberá ser denegada. Si causa algún perjuicio en los mismos podrá ser concedida, pero con contramedidas que eviten ese perjuicio.

*F) Un modelo de ponderación de intereses para resolver sobre las medidas cautelares.*

Lo que sigue no es la explicación real de un enjuiciamiento ponderado de los intereses en conflicto para resolver sobre la medida cautelar solicitada,

---

*de imposición de servicios mínimos en casos de huelga (Comentario a la STC 148/1993, de 29 de abril), en Derecho privado y Constitución, 1993, páginas 289-310.*

sino un modelo teórico de la dinámica de elaboración de ese juicio. Este modo de explicación tiene la ventaja de revelar más claramente que la explicación estática de los criterios de ponderación los problemas que se suscitan y las posibilidades de solución.

*a) Primer estadio del enjuiciamiento.*

En el primer estadio del juicio parece que debe diferenciarse que se trate de medidas cautelares instrumentales de pretensiones de condena por inactividad de la Administración o por actuación de la misma constitutiva de vía de hecho (art. 136), y medidas cautelares instrumentales de otras pretensiones (art. 130). Veremos, no obstante, si cabe concluir en ese sentido.

a') En el segundo supuesto, el primer estadio del enjuiciamiento debe ir dirigido a examinar si la falta de adopción de la medida cautelar solicitada -lo que supone dejar sin impedimento ninguno la ejecución del acto o la aplicación de la disposición impugnada- pudiera "hacer perder su finalidad legítima al recurso".

La interpretación del art. 130.1, en la que puede fundamentarse la anterior afirmación, plantea, sin embargo, dos problemas relacionados: qué significado tiene "hacer perder su finalidad legítima al recurso" y si este primer estadio del juicio requiere ya "valorar todos los intereses en conflicto", como consta en la letra de la disposición.

A mi juicio la finalidad legítima del recurso es el cumplimiento pleno de la sentencia estimatoria del mismo, la plena efectividad de la misma, la satisfacción específica de los derechos e intereses legítimos una vez la sentencia los estime, en concreto, dignos de tutela. En este primer momento no hay que considerar si la satisfacción por equivalente, a la que abocaría la eventual imposibilidad de una satisfacción específica -de no adoptarse la medida- es más o menos adecuada para tales derechos o intereses.

Con ello doy también respuesta al problema de si, en esta primera etapa del juicio, deben ya valorarse todos los intereses en conflicto. La respuesta es negativa. Precisamente ese juicio es necesario para solventar la cuestión de la adecuación de una satisfacción por equivalente y del derecho o interés para el que es más adecuada.

Ahora bien, dicho lo anterior indicaré también que la conclusión de esta primera fase del enjuiciamiento no permite sin más la concesión de la medida

cautelar, sino que sólo excluye la potestad de concederla en el caso de que, aún sin la medida, el recurso no perdería la finalidad legítima.

Ejemplos: que la situación jurídica individualizada cuyo reconocimiento se pretende tras la anulación sea un derecho de crédito contra las Administraciones, en cuanto estas son siempre solventes; la reversión de un bien expropiado actualmente integrado en el dominio público, en cuanto el régimen de protección del dominio público impedirá la transmisión a tercero con el carácter de irreivindicable; la concesión de una licencia o autorización que la Administración siempre podrá conceder en las condiciones establecidas, salvo modificación legal.

No obstante, si la “finalidad legítima del recurso” se entendiera del modo algo distinto que ahora indicaré, no podría sostenerse que la denegación de la medida puede hacerse sin previa valoración de los intereses en conflicto. La comprensión diferente de aquella cláusula sería la siguiente: no basta que la sentencia pueda ser, en el momento de su ejecución, susceptible de cumplimiento pleno, sino que es también necesario que el derecho o interés que, con ello, encontrará satisfacción específica *a partir de ese momento*, no haya sufrido un perjuicio relevante por la simple demora en obtener la satisfacción. Este concepto de “finalidad legítima del recurso” sí que impondría realizar la valoración de los intereses en conflicto no sólo -como en todo caso- antes de una decisión de conceder la medida, sino también para una decisión de denegarla. Habría que apreciar si el perjuicio experimentado a causa de la simple demora ha de ser soportado por los derechos o intereses cuya tutela pide la pretensión.

Por otra parte, y según ya se adelantó en anteriores apartados, si en favor de la pretensión del actor no concurre alguna apariencia de fundamento -o, recíprocamente, la actuación de la Administración no presenta apariencias de disconformidad a Derecho-, la medida deberá ser denegada. En la práctica judicial el criterio de la apariencia de buen derecho funciona también en relación con el criterio de la intensidad del peligro en la demora, en el sentido de compensar recíprocamente las insuficiencias -no la inexistencia- de sus respectivos fundamentos.

b’) En el otro supuesto más arriba indicado -es decir, medidas instrumentales de pretensiones autónomas de condena por inactividad o por vía de hecho- no habría lugar para esta primera etapa del juicio, porque el art. 136.1 no establece que se haga la apreciación de si la falta de la medida puede hacer perder su finalidad legítima al recurso, ni siquiera a los meros efectos de denegar la medida si no ocurre tal cosa. Salvo carencia total de apariencia de buen derecho en la pretensión del actor (el art. 136. 1 que dispone que “la

medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos (los 29 y 30 de la LJCA que ha citado antes)”, tanto la concesión como la denegación de la medida ya depende de la ponderación con los demás intereses afectados (intereses generales y de terceros).

Aparentemente en la ordenación de estas medidas se ha prescindido de la función cautelar y se han tenido presentes otras consideraciones. En las medidas instrumentales de las pretensiones de condena por inactividad de la Administración se ha atendido a la posibilidad de decretar cumplimientos parciales, o moderados de otra manera, en el caso de que las obligaciones de la Administración consten con seguridad suficiente<sup>50</sup>. Respecto a las medidas instrumentales de las pretensiones de condena a abstención por vía de hecho se ha tenido presente la tutela interdictal, que era, por cierto, la que antes de la nueva LJCA permitía una tutela especial y rápida frente a la vía de hecho administrativa, sólo que sometida a las limitaciones propias de esa vía en cuanto a los bienes susceptibles de posesión y, por tanto, de tutela interdictal.

Ahora bien, lo anterior es sólo una apariencia en la que se cae si el artículo 136 se interpreta fuera del contexto del capítulo en que está incluido y, específicamente, desgajado de lo que dispone el art. 129.1 en el sentido de que las medidas cautelares que se soliciten -y que podrán obtenerse- han de tener por causa asegurar la efectividad de la sentencia, se entiende que frente a cualquier clase de riesgos que la impidan o dificulten. La concurrencia de alguna clase de riesgos para la efectividad será, pues, necesaria.

Por otra parte sólo así se explica que se haya mantenido la rígida vinculación instrumental con un proceso principal. Si se hubiera establecido un juicio sumario la consecuencia lógica hubiera sido desplazar a la parte no beneficiada por el resultado del proceso provisional la carga de demandar en proceso ordinario.

En fin hay que tener en cuenta el argumento de interpretación sistemática según el cual, en defecto de ser relevante algún riesgo para la efectividad de la sentencia, estas medidas cautelares vendrían a confundirse con la ejecución provisional.

---

<sup>50</sup> Medidas del tipo del *référé provision*, sobre las que puede verse GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra el abuso de los procesos: juicios provisionales y medidas cautelares*, en *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, 1992, páginas 271-272; CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991, páginas 84-101.

*b) Conclusión del primer estadio del juicio de valoración.*

Ante una petición de medidas cautelares puede haberse llegado -tras la primera etapa del juicio- a la conclusión intermedia siguiente: la medida solicitada es la necesaria y adecuada para garantizar la satisfacción específica del derecho o interés legítimo que la pretensión ha hecho valer. Pero esto no es causa suficiente para la concesión de la medida, sino que a continuación se ha de apreciar si tal medida provocaría, de rechazo, una insatisfacción de la misma calidad -es decir, en su contenido específico- y, además, de gran intensidad (grave perturbación) de los derechos o intereses legítimos que son protegidos por la actuación administrativa frente a la que se interpone la pretensión. Llegado el juicio a esta etapa ya entra en juego la ponderación. Pero, antes de entrar en él, es necesario que se evidencie de modo concreto qué intereses generales y de terceros van a ser afectados por la medida y con qué intensidad van a ser afectados. Si no se alcanza a concretar ni siquiera este término del juicio de ponderación, las medidas cautelares son procedentes.

*c) Segundo estadio del enjuiciamiento: qué derechos o intereses pueden recibir más adecuadamente una satisfacción por equivalente pecuniario. Posibilidad de diferir esa elección atendidas ciertas potestades de configuración judicial de las medidas.*

El paso siguiente del juicio debe ser el de plantearse qué derechos o intereses legítimos han de prevalecer sobre los otros, la satisfacción específica de cuáles de ellos se ha de preferir.

Ahora bien, atendido que (1) si la medida cautelar no se adopta y el actor vence en el proceso principal la “imposibilidad de restablecimiento pleno de su derecho o interés legítimo” será pecuniariamente indemnizada (art. 105.2); y (2) si la medida cautelar es adoptada y el actor no vence en el proceso principal, los derechos o intereses legítimos que quedan expuestos a una eventual imposibilidad de restablecimiento pleno son los que estaban protegidos por la actuación administrativa, que, como máximo, podrán ser indemnizados, el planteamiento más preciso de este paso del juicio de ponderación es el siguiente: qué derechos o intereses legítimos son más apropiada o adecuadamente indemnizables en dinero.

En el régimen de la tutela cautelar que ha establecido la LJCA el anterior planteamiento puede incluso demorarse a un estadio posterior del



juicio de ponderación. En efecto, en el régimen de las medidas cautelares en el proceso civil la única contracautela prevista es la prestación de caución, que, como es obvio, sólo garantiza al sujeto pasivo de la medida la indemnización pecuniaria. En el proceso administrativo ya antes de la reforma existía la práctica judicial de establecer contracautelas no genéricas, sino específicas, para conservar alguna posibilidad de satisfacción específica de los derechos o intereses desfavorablemente afectados por la medida, esa práctica fue avalada por la doctrina jurisprudencial del TC sobre tutela cautelar<sup>51</sup>.

En la **STC (Sala 1ª) 105/1994, de 11 de abril (BOE 17 de mayo de 1994)**, se indica que las “medidas cautelares pueden y aun deben equilibrarse en muchos casos por contracautelares, una de las cuales, pero no la única, es la caución suficiente para responder de los daños y perjuicios (art. 124 LRJCA), la fianza o aval en suma. Existen sin embargo otras contramedidas precautorias, especialmente cuando de ciertos puestos de trabajo se trata, en la función pública o fuera de ella. En esta línea se encuentran las limitaciones funcionales que la Sala asume como tuyas a consecuencia de los gravísimos hechos imputados a la Secretaria, condenada por un delito de apropiación en sentencia de la Audiencia Provincial, circunstancia ésta sobrevenida y conocida por la Sala con posterioridad al Auto que se reformaba, según explica el que lleva fecha de 13 de noviembre, resolutorio de la súplica.”.

Con la nueva ley se establece que la medida cautelar que, en definitiva, se decreta puede ser diseñada con el complemento de medidas adecuadas para evitar o paliar los perjuicios de cualquier naturaleza que pudieran derivarse de la medida cautelar (art. 133.1). “De cualquier naturaleza” debe entenderse cualquier perjuicio diferente a una “grave perturbación” a los intereses generales o de tercero, dado que esa perturbación sí que funciona como un límite absoluto a la adopción de una medida cautelar (arts. 130.2 y 136.1). Es decir: es mayor el margen para preservar, simultáneamente, la expectativa de satisfacción específica de los dos grupos de derechos o intereses legítimos que eventualmente pueden merecer la tutela judicial definitiva.

En la medida en que es así, o bien la cuestión básica del segundo estadio del enjuiciamiento ha de ser postergada a la constatación de que no es posible establecer unas medidas contracautelares específicas adecuadas, o bien esa constatación ha de preceder a la conclusión parcial expuesta en el apartado b anterior.

---

<sup>51</sup> Véase también PAREJO ALFONSO, L., *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo*, en REDA, 1986, página 36.

d) *¿Qué criterios han de ser utilizados para determinar qué derecho o interés legítimo puede ser más adecuadamente satisfecho por equivalente?*

a') *La calidad de los derechos e intereses afectados.*

Uno de los criterios es el de la calidad de los derechos o intereses legítimos. Los derechos o intereses de contenido patrimonial son, en razón de su calidad y esencialmente, adecuadamente indemnizables.

Esto vale también para los intereses generales simplemente consistentes en la recaudación de ingresos públicos. La suspensión no los perturba esencialmente, siempre que se haya constituido caución, que contrarresta el riesgo de insolvencia, salvo concreta constancia de que la falta de ingreso inmediato afecte gravemente a la Hacienda de la Administración correspondiente <sup>52</sup>.

Los derechos e intereses de contenido no patrimonial no son adecuadamente indemnizables. Es cierto que en la ejecución de la sentencia favorable a los mismos, si no puede ser plenamente restablecida la situación individualizada de pleno disfrute, el defecto de satisfacción específica deberá ser indemnizado. Pero ese es un tratamiento de necesidad en una circunstancia temporal en la que ya no es factible otro tratamiento por imposibilidad material o legal. Cuando la cuestión puede ser planteada en una circunstancia temporal en la que esa imposibilidad no existe, hay que inclinarse por la protección provisional de los derechos e intereses no patrimoniales.

Si los intereses protegidos por la actuación administrativa tampoco tienen contenido patrimonial, el conflicto habrá que resolverlo en favor de estos si la medida cautelar originara perturbación grave en los mismos.

En los actos sancionadores y disciplinarios los intereses en juego no son patrimoniales aunque la sanción sea pecuniaria, de modo que la suspensión debería ser procedente salvo que hubiera razones específicas determinantes de que los fines públicos perseguidos por la sanción (prevención general, prevención especial) no podrían alcanzarse si se demorara su aplicación <sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Ejemplo extraído de la jurisprudencia que analiza CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991, páginas 152-153: grave perturbación en la tesorería municipal.

<sup>53</sup> Jurisprudencia en PAREJO ALFONSO, L., *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo*, en REDA, 1986, páginas 36-37; CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991, páginas 152-155; SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso*, en RAP, 1983, páginas 1617-1624.

La denegación de autorización de acceso a ciertas actividades académicas universitarias, con carácter disciplinario, tiene consecuencias negativas, no económicas, de imposible restauración posterior <sup>54</sup>.

Entre los derechos de contenido no patrimonial destacan como muy inadecuadamente indemnizables los derechos fundamentales, respecto de los cuales la previsión de la LOTC, en caso de sentencia de amparo estimatoria, es siempre de restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad (art. 55. 1, c LOTC). Los intereses generales o de terceros cuya grave perturbación entre en contraste con la procedencia de la tutela cautelar de los derechos fundamentales alegados por el actor, no pueden ser más que otros derechos o libertades fundamentales u otros bienes constitucionales protegidos por la actuación administrativa <sup>55</sup>.

*b') Derechos e intereses inadecuadamente indemnizables por su destino concreto.*

Un derecho o interés adecuadamente indemnizable por tener contenido patrimonial (por ejemplo, la disponibilidad de una vivienda, de una suma de dinero, de los medios para una actividad empresarial o productiva), puede devenir inadecuadamente indemnizable por ser concretamente condicionante del disfrute de bienes jurídicos cuyo sacrificio no es adecuadamente indemnizable, específicamente de los recursos económicos necesarios para la vida personal o familiar.

Argumentos de este tipo conducen a conceder medidas cautelares frente a actos de suspensión de ejercicio de profesiones, de funcionamiento de establecimientos, que ordenen el desalojo de inmuebles destinados a vivienda, que impongan sanciones que repercuten en la actividad que supone la fuente de ingresos, o deberes de pago de cantidad que afectarían a los medios de subsistencia del obligado <sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> COSCULLUELA MONTANER, L., *Suspensión de la ejecución de los actos administrativos en sede jurisdiccional*, en REDA, 1974, páginas 142-144.

<sup>55</sup> BAYLOS, A., *Sobre la suspensión de los actos de imposición de servicios mínimos en casos de huelga (Comentario a la STC 148/1993, de 29 de abril)*, en Derecho privado y Constitución, 1993, páginas 306-307; CHINCHILLA MARÍN, C., *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, en RAP, 1993, páginas 187-188: en el caso de una regulación de servicios mínimos limitativos del derecho de huelga hay que atender a la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquella repercute, de modo que exista una razonable proporción entre los sacrificios impuestos a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de los servicios esenciales.

<sup>56</sup> Jurisprudencia en CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991, páginas 146-149, 152-154; FONT i LLOVET, T., *Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos*, en REDA, 1982, página 480.

Los derechos e intereses patrimoniales respecto de los que se acredite concretamente este destino han de ser preferidos a los de simple contenido patrimonial.

*c') Derechos e intereses adecuadamente indemnizables por su contenido y destino, pero cuya indemnización será previsiblemente imposible o determinable con gran dificultad.*

Entre derechos o intereses todos ellos adecuadamente indemnizables por su contenido patrimonial y por no haberse acreditado estar concretamente destinados a satisfacer bienes jurídicos cuyo sacrificio no es adecuadamente indemnizable, pueden llegar a ser preferidos unos de ellos frente a los otros, a efectos de su protección provisional, en atención a circunstancias como las siguientes.

Primera: la insatisfacción afecta indirectamente a mayor número de personas si se deja sin protección provisional una de las posiciones jurídicas en litigio, y a menos personas si se deja a la otra sin tal protección.

La valoración de los perjuicios a terceros si no se decreta la medida cautelar ha sido tomada en consideración por los tribunales en algunas resoluciones<sup>57</sup>.

Segunda: la evaluación de los daños y perjuicios -caso de ser necesaria por deberse indemnizar- resulta más difícil si, por falta de la tutela provisional, resulta la imposibilidad de satisfacción específica de unos derechos o intereses y más fácil si esa insatisfacción afecta a otros.

La presencia de este argumento para conceder medidas cautelares es importante: suspensión de actos que ordenan demoliciones de inmuebles, que prohíben o impiden actividades productivas, que impone deberes de pago cuyo inmediato cumplimiento genera dificultades financieras de tal intensidad que ponen en peligro la subsistencia de la empresa<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Jurisprudencia en FONT i LLOVET, T., *Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos*, en REDA, 1982, páginas 480-481; FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., *La influencia de la Constitución en la jurisprudencia sobre suspensión de los actos administrativos*, en RAP, 1989, páginas 293-294.

<sup>58</sup> Jurisprudencia en CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991, páginas 145-148, 152-153; CHINCHILLA MARÍN, C., *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, en RAP, 1993, página 176; FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., *La influencia de la Constitución en la jurisprudencia sobre suspensión de los actos administrativos*, en RAP, 1989, páginas 294-295, 297-298; FONT i LLOVET, T., *Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos*, en REDA, 1982, página 480.

En fin: si es desproporcionadamente más cuantiosa la indemnización por el sacrificio de unos derechos frente al de otros, o si, incluso con independencia de la cuantía previsible de la indemnización, el estado de solvencia del eventualmente responsable hace prever que la imposibilidad o grave dificultad de que la indemnización se haga efectiva.

La utilidad de los anteriores criterios puede llegar a ser grande precisamente en sentido contrario a la adopción de medidas cautelares: si las Administraciones asumen con rigor la tarea de evidenciar de que modo la medida provoca, concretamente, grave perturbación a los intereses generales y de terceros, siempre será más probable que estos criterios de ponderación militen a favor de no obstaculizar la actuación administrativa.

#### **4.- Las medidas (efectos) cautelares**

El segundo componente de las medidas cautelares -tras la determinación de sus presupuestos- son los efectos jurídicos de las mismas, su contenido, aquello en lo que la medida consiste. Propiamente deberían denominarse efectos cautelares, pero es frecuente llamarlos medida cautelar -con lo que se toma el todo por la parte, porque medida cautelar es el conjunto de los presupuestos y los efectos-.

Para regular este componente de las medidas cautelares el legislador puede optar entre configurar legalmente los efectos cautelares -de modo que el juez deba limitarse a decretarlos si concurren los presupuestos-, atribuirle al juez una potestad de configuración de los efectos cautelares sometida a diversas limitaciones, o combinar ambos modos de configuración de los efectos. En cualquier caso una norma de medidas indeterminadas es necesaria para preservar más plenamente la efectividad de la tutela judicial, porque el legislador no puede agotar la previsión de los riesgos para la efectividad de las sentencias y, consecuentemente, tampoco la de los efectos cautelares adecuados para contrarrestarlos.

La antigua LJCA se limitaba a regular expresamente una medida típica, un efecto cautelar legal, la suspensión de la ejecución del acto impugnado o de la aplicación de la disposición, de modo que si los riesgos de ineffectividad no derivaban de la inmediata imposición de un gravamen o de una limitación por la Administración, sino de la omisión por ésta de una actuación material o de un acto jurídico favorables, no era fácil la obtención de una medida adecuada.

La nueva LJCA no ha optado simplemente por ampliar el catálogo de medidas típicas en el proceso administrativo, añadiendo otras a la suspensión del acto o disposición -que sigue siendo mencionada, pero poco regulada-, sino que se ha inclinado por encomendar al juez la configuración de las medidas.

Esa potestad del juez le es reconocida en tres preceptos: el art. 129, que dispone que puede solicitarse “la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”; el art. 130.1, que establece como función de la medida impedir que el recurso pierda su finalidad legítima; y el art. 133.1, que atribuye al juez la potestad de establecer las contracautelas que estime convenientes a la medida acordada.

Esta potestad autoriza al juez administrativo a concretar las medidas (los efectos) cautelares de dos modos: primero, eligiendo alguna de las medidas típicas previstas -aunque sea mediante su sola mención- en las leyes procesales, administrativas o no (disposición final 1ª LJCA: supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil); segundo, diseñando el juez la medida adecuada si las típicas no satisfacen la concreta necesidad de tutela cautelar. Para ambos modos es importante la potestad del art. 133.1, porque conduce a matizar la medida en principio adoptable.

*A) Medidas previstas por las leyes procesales, especialmente administrativas.*

*a) La suspensión de la ejecución del acto o de la aplicación de la disposición impugnada.*

Entre las medidas disponibles sigue estando la suspensión del acto o disposición.

Es directamente nombrada por el art. 129.2, que alude a la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, como medida que puede pedirse cuando se impugna una disposición general. Y por el art. 134.2 que establece la publicación como modo de ejecución de la medida de suspensión en dos supuestos. De modo más incidental por el art. 87.1,a), regulador de las resoluciones recurribles en casación.

Implícitamente se refiere a ella el art. 130.1, pues una medida cautelar que haya de contrarrestar la ejecución del acto o disposición, en cuanto que es

tal ejecución la que puede hacer perder su finalidad legítima al recurso, debe serlo la suspensión de tal ejecución.

Referencias especiales a la suspensión hay en los arts. 66 y 67 de la Ley de Bases del Régimen Local, mientras que la falta de las mismas en el art. 65 de la misma Ley permite concluir que en el supuesto que regula se aplican las reglas generales.

El art. 66 -relativo a los litigios entre, de una parte, Estado o Comunidad Autónoma, y, de otra, Entidades Locales, por las causas específicas de que éstas menoscaben o interfieran en las competencias de aquellos o excedan de las propias- establece una especie de suspensión preceptiva para el juez si la Administración actora la solicita expresamente aduciendo que se ha afectado a la integridad y efectividad del interés general o comunitario, aunque el juez puede alzarla si estima que hay perjuicio al interés local no justificado por las exigencias de los intereses antes citados. A mi juicio, si no se optó por establecer *ex lege* que la impugnación daría lugar a la suspensión, el juez no puede quedar vinculado por la solicitud, sino que habrá de resolver sobre ella atendida la específica ponderación de intereses mencionada en el precepto de la LBRL. Por otra parte, si es necesario un pronunciamiento urgente, el art. 135 LJCA ofrece ahora el cauce procedimental adecuado.

La suspensión considerada en el artículo 67 se decreta administrativamente y ha de ir acompañada de la impugnación en plazo de diez días ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ahora de acuerdo con el art. 127 LJCA. Es oportuno apuntar aquí que esta suspensión administrativa -que la letra del último artículo citado, al igual que la del art. 118, de la antigua LJCA- sólo permite levantar o confirmar en la sentencia del correspondiente proceso, puede ser revisada jurisdiccionalmente de modo cautelar según ya argumentó el Auto del Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 15 de julio de 1988<sup>59</sup>.

La suspensión es medida adecuada, en atención a la pretensión ejercitada en el proceso principal, si se trata de una pretensión de anulación del acto o de preceptos de una disposición, y, en atención al riesgo en la demora, si se trata de contrarrestar los riesgos vinculados a la inmediata

---

59 GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La suspensión de la suspensión del acto administrativo*, en REDA, páginas 111-118.

eficacia del acto o de la disposición, eficacia que, con la suspensión, es absolutamente impedida -en principio, aunque ahora debe tenerse en cuenta la posibilidad de moderar ese alcance con las contramedidas del art. 133.1-.

*b) La anotación preventiva de la interposición de recurso contencioso-administrativo en el Registro de la Propiedad.*

Una medida cautelar con efectos de aseguramiento tan clásica como la que queda enunciada es expresamente prevista como instrumental de un proceso contencioso-administrativo por los arts. 307.6 y 309.2 del Texto Refundido sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que contemplan la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de "la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias". Completan la regulación los arts. 67 al 70 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

La eficacia cautelar de esa anotación preventiva consiste en impedir que las transmisiones y gravámenes que puedan traer causa de las actuaciones administrativas impugnadas generen adquisición de derechos por terceros con la condición de terceros hipotecarios, de modo que resulte inviable, por causas jurídicas, la satisfacción específica de las pretensiones referidas a aquellas actuaciones administrativas con trascendencia registral inmobiliaria. Con la anotación preventiva se enerva la buena fe del eventual tercer adquirente y se impide que adquiera los bienes o derechos sobre ellos con la condición de tercero hipotecario.

Tal vez las anotaciones preventivas del recurso contencioso-administrativo pudieran tener una aplicación más amplia. Pero en todo caso también sería oportuno explorar las diferencias, en orden a la clase de riesgo de ineffectividad de sentencias que tales medidas contrarrestan, que suponen, frente al régimen de transmisión y gravamen de bienes por particulares, el conjunto de normas de garantía que rodean la administración y disposición de los bienes de la Administraciones públicas.

*c) Medidas cautelares típicas en las leyes procesales civiles.*



El embargo preventivo, medida cautelar típica más importante en el proceso civil <sup>60</sup>, cuyo efecto es asegurar la ejecución de las sentencias de condena dineraria, no podía considerarse como medida cautelar aplicable en el proceso contencioso-administrativo, por que las Administraciones siempre son solventes, pero sobre todo porque sus bienes patrimoniales están legalmente declarados inembargables (art. 18 Ley de Patrimonio del Estado; art. 154.2 Ley de Haciendas Locales) y porque la ejecución pecuniaria respecto a ellas no se somete a las mismas normas de ejecución por subrogación que rigen de modo general.

La STC (Pleno) 166/1998, de 15 de julio que declara la inconstitucionalidad del inciso “y bienes en general” del art. 154.2 de la Ley de Haciendas Locales, en cuanto no excluye la inembargabilidad de los bienes patrimoniales no afectados a un uso o a un servicio público, podría pensarse que permite plantear la utilización del embargo preventivo como medida cautelar frente a una Administración Pública local. De acuerdo con esta misma sentencia me inclino por la respuesta negativa, por que la declaración de inconstitucionalidad se hace no sólo con el alcance indicado en cuanto a los bienes, sino con la restricción de que el embargo de esos bienes ha de tener aplicación limitada al caso de que, “observado el procedimiento para la válida realización del pago (art. 154.4 LHL y concordantes)...el ente local deudor persistiera en el incumplimiento de su obligación de satisfacer la deuda de cantidad líquida judicialmente declarada”, es decir como embargo ejecutivo y en el supuesto que se indica de esta ejecución dineraria especial.

No obstante, también hay argumentos favorables a aquella posibilidad.

El primero, que el apartado 2 del art. 154 de la Ley de Haciendas Locales autoriza a las entidades locales a constituir hipoteca sobre bienes patrimoniales no afectos al uso o servicios públicos, y las hipotecas son garantías jurídico-materiales, de modo que no cabría excluir que tales bienes sirvieran para una garantía jurídico-procesal como el embargo preventivo.

Segundo argumento: el Tribunal Constitucional en Sentencia 201/1998, de 14 de octubre, consideró sustancialmente igual al caso resuelto por la STC 166/1998 el de un embargo de bienes patrimoniales de un Ayuntamiento trabado en un juicio ejecutivo cambiario. Hay buenas razones para entender

---

60 Ampliamente ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo (Doctrina y jurisprudencia)*, Granada, 1998.

que el embargo que se adopta en ese proceso es un embargo preventivo especial <sup>61</sup>.

En cualquier caso, la adopción de un embargo preventivo siempre dependería del riesgo de insolvencia de la entidad local, y dado que tal riesgo no consiste en un peligro de retraso del pago, sino en situaciones que imposibiliten o hagan muy difícil la satisfacción del crédito, este presupuesto difícilmente concurrirá.

En los procesos sobre pretensiones de anulación de acto previamente declarado lesivo el embargo preventivo podría tener utilidad para contrarrestar el riesgo de insolvencia del demandado, aunque este supuesto parece no encajar en las previsiones de la ley, únicamente preocupada por las medidas cautelares frente a la Administración y por la ejecución frente a ella. No parece que las normas de la ejecución fueran aplicables en caso de estimación de la pretensión de la Administración en proceso de lesividad, sino que para las eventuales restituciones derivadas de la anulación del acto la Administración habría de utilizar -en principio- sus potestades propias en vía administrativa. No obstante si la Administración no puede ejercitar potestades de autotutela -ni siquiera con efectos provisionales- mientras el acto declarado lesivo no haya sido anulado por los tribunales, la falta de previsión de medidas cautelares frente al demandado en el proceso de lesividad es una laguna de protección cautelar de la Administración.

Otra medida típica de la LEC es la intervención judicial de la administración de bienes litigiosos (art. 1419 y siguientes LEC) <sup>62</sup>, que puede ser adecuada si, como consecuencia de la sentencia del proceso principal se ha de producir la entrega al actor de determinados bienes inmuebles productivos, y siempre que el único riesgo de ineffectividad de la sentencia que se pretenda contrarrestar sea el de actos de gestión que puedan producir la devastación del bien.

Igualmente es medida típica la suspensión provisional de la obra, que la LEC regula en el procedimiento del interdicto de obra nueva (arts. 1663 al 1665 LEC), y que tradicionalmente ha sido utilizada en la defensa interdictal

---

61 ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo (Doctrina y jurisprudencia)*, Granada, 1998, páginas 73-80.

62 Detalladamente sobre la misma CÁMARA RUIZ, J., *La intervención judicial de bienes litigiosos*, Granada, 1997.

frente a las vías de hecho administrativas. Al amparo de la nueva LJCA también podrá ser adoptada, pero según los presupuestos y de acuerdo con el procedimiento que la misma establece.

*B) Medidas configuradas por el juez. Tipología de efectos cautelares y criterios para la determinación de los procedentes en el caso concreto.*

La verdadera novedad de la LJCA en esta materia es que inviste al juez de la potestad de adoptar medidas cautelares indeterminadas. Para el correcto ejercicio de esta potestad es útil determinar, en general, cuales son los efectos cautelares posibles y cuales los criterios a los que ha de atender el juez para establecer unos u otros en la configuración concreta de la medida cautelar<sup>63</sup>.

*a) Medidas con efectos de simple aseguramiento.*

Estos efectos cautelares se caracterizan por mantener o constituir una situación adecuada para que, cuando jurídicamente puedan desarrollarse los efectos de la sentencia principal, puedan efectivamente hacerlo, sin obstáculos de difícil superación y con toda plenitud. Además esta clase de efectos no dan lugar a ninguna satisfacción de la pretensión deducida en el proceso principal. Constituyen la solución más neutra al problema de cuál de las posiciones procesales ha de soportar el peligro que deriva de la demora procesal: ambas posiciones lo soportan de algún modo; una de ellas no obtiene inmediatamente satisfacción, pero la otra ha de tolerar algunas restricciones para asegurar que esta satisfacción será posible si definitivamente el juez dicta sentencia a favor del actor.

Frecuentemente han sido denunciados los inconvenientes de estar únicamente prevista la medida de suspensión en el proceso contencioso-administrativo, pero principalmente por su insuficiencia para dar respuesta a necesidades de tutela cautelar. Sin embargo la rígida previsión de la suspensión tenía también el inconveniente de ser excesiva en aquellos casos en que asegurar la efectividad de la sentencia no requiere suspender la

---

63 Acerca de la amplitud de los efectos jurídicos que pueden tener las medidas cautelares ORTELLS RAMOS, M., CALDERÓN CUADRADO, M.P., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Granada, 1996, páginas 17-24; ORTELLS RAMOS, M., *Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428 LEC*, en “Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén”, Valencia, 1990, (antes publicado en *Justicia*, 1989, I), páginas 399-411; del mismo, *Las medidas cautelares. Análisis crítico del Borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, en “Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Ponencias”, Murcia, 1997, páginas 545-547; del mismo, *El procedimiento cautelar en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, en “Presente y futuro del proceso civil”, Barcelona, 1998, páginas 682-686.

eficacia del acto administrativo, sino que ésta puede desarrollarse, aunque estableciendo efectos de aseguramiento en favor del actor.

Con la nueva Ley podrán decretarse directamente medidas con estos efectos, además de utilizar esta clase de efectos en favor de la Administración demandada, para contrapesar las medidas principales adoptadas (art. 133.2). También pueden establecerse efectos de aseguramiento en la tutela cautelar específicamente considerada en el art. 136, porque si bien, como veremos, este precepto puede llegar a permitir medidas llamadas anticipativas o satisfactivas, éstas sólo serán procedentes si son necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia y no si tal efectividad queda suficientemente preservada con efectos de mero aseguramiento.

*b) Medidas con efectos de conservación pero no de simple aseguramiento.*

Cuando, en el contexto del proceso civil, se argumenta que si las medidas cautelares traspasan los límites del aseguramiento se está tolerando una ejecución sin título, se olvida que mantenerse en esos límites supone, en algunos casos, algo más grave: permitir que el conflicto se resuelva interinamente mediante autotutela de alguna de las partes, que altere por sí y ante sí el *statu quo* previo al conflicto. No siempre esa conducta puede reprimirse penalmente y, en todo caso, el Derecho Procesal debe dar una solución propia a este problema y la misma puede darse aceptablemente a través de la tutela cautelar. Las medidas cautelares no pierden en este caso su carácter conservativo, porque sus efectos se dirigen a mantener el *statu quo* previo al conflicto, en espera de lo que se resuelva en la sentencia principal. Pero trascienden de los efectos de aseguramiento, en cuanto que en la situación que se preserva pudiera estar produciéndose la satisfacción de los derechos e intereses de alguna de las partes.

El hecho de que las Administraciones públicas estén investidas de una legítima potestad de autotutela (arts. 56,57, 94 y 95 LRJAPPAC) nunca ha sido obstáculo para medidas cautelares con esta clase de efectos. Es más: la principal y casi única medida prevista en la anterior LJCA -es decir, la suspensión- tiene peculiarmente efectos de conservación.

Medidas con efectos de esta clase son la suspensión de la ejecución del acto o de la aplicación de la disposición impugnados; órdenes judiciales de abstención de determinadas actuaciones, sea porque dichas actuaciones

constituyen una vía de hecho (art. 30), sea por que la omisión de tal actuación es el objeto de la prestación debida por la Administración (art. 29.1), sea porque se trate de actuaciones materiales discordantes con la suspensión acordada de la ejecución del acto administrativo.

Medidas con estos efectos se elegirán por el juez, por un lado, si la pretensión del proceso principal va dirigida a anular la eficacia jurídica de un acto o disposición de la Administración o a impedir una actuación material de la misma, y, por otro, si la preservación de la efectividad de la sentencia hace necesario que tal eficacia y actuación queden provisionalmente excluidos durante la realización del proceso.

*c) Medidas cautelares con efectos innovativos y anticipativos de la satisfacción de la pretensión deducida en el proceso principal.*

Ya no se trata de impedir de modo provisional que se altere cierta situación, con la consecuencia de que la conservación de la misma implique satisfacción de derechos e intereses que en aquélla estaban siendo satisfechos, sino de introducir una innovación en la realidad extraprocesal para satisfacer pretensiones hasta ese momento no satisfechas, ni reconocidas.

Los supuestos de previsión expresa de medidas cautelares con esta clase de efectos son excepcionales. En el proceso civil se cuenta con estos dos: alimentos provisionales a cargo del demandado cuando haya sido reclamada judicialmente la filiación (art. 128 II CC); pensión provisional en favor de las víctimas de accidentes derivados del uso y circulación de vehículos de motor o de las personas a su cargo mientras pende el proceso para resolver sobre la indemnización (arts. 785.8,<sup>a</sup> d) LECRIM; 17 II Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor).

En el proceso administrativo entiendo que debe mantenerse el criterio restrictivo para la concesión de medidas con esta clase de efectos. En este sentido, en los procesos sobre pretensiones de anulación de actos o de disposiciones la adopción de la medida de suspensión no justifica la adopción de medidas positivas de carácter provisional de restablecimiento de una situación individualizada -otra cosa es que con la suspensión se excluyan los efectos de gravamen o limitación que producía el acto y el destinatario recupere una posición jurídica previa que le sea favorable-, y en los procesos sobre pretensiones de condena a abstención por vía de hecho las medidas no pueden ir más allá de los mandatos de cesación provisional. Téngase en cuenta que los arts. 1663 y 1669 LEC no permiten que, en el interdicto de

obra nueva, se ordene la demolición de lo construido antes del requerimiento de suspensión.

Ejemplo de una medida con aparentes efectos anticipativos y satisfactivos lo tenemos en el caso considerado por el Auto del TS de 12 de marzo de 1984, que al acordar la suspensión del acto administrativo denegatorio de la autorización definitiva de apertura de una sala de bingo, dejó a la mencionada actividad en situación jurídica de funcionamiento al amparo de la inicial autorización provisional concedida por la Administración <sup>64</sup>. O en los casos de suspensión del acto de paralización de obras realizadas al amparo de una licencia, o del acto de denegación de prórroga para incorporación al servicio militar a quien estaba disfrutando de situación de prórroga, o del acto administrativo que anulaba uno anterior de adjudicación de plaza de médico de cierta especialidad y que permite que aquel a quien se adjudicó la plaza la siga ocupando hasta lo que se resuelva en sentencia <sup>65</sup>. O en un caso de suspensión del acto administrativo de denegación de la prórroga de un concierto educativo, que mantiene el concierto en sus términos anteriores <sup>66</sup>. En fin, en el caso de suspensión de una ordenación de servicios mínimos para una situación de huelga, en la que el tribunal había suspendido los preceptos que impusieran tales servicios más allá de unas limitaciones establecidas por el propio tribunal dentro de las que fijó inicialmente la Administración <sup>67</sup>, con lo que se restablece una mayor libertad de acción de los huelguistas.

El reconocimiento de la potestad de decretar medidas positivas respecto de las consecuencias accesorias derivadas de la estimación de la pretensión de anulación, trasladaría al momento particularmente inseguro -en cuanto a la insuficiente instrucción para apreciar los perfiles jurídicos del caso- del pronunciamiento sobre la tutela cautelar, el problema de con qué alcance pueden los tribunales condenar a la Administración a que dicte un acto de contenido determinado o sustituirla en la emisión del mismo, después de anulado el acto por disconformidad a Derecho.

---

64 SUAY RINCÓN, J., *Una resolución novedosa en materia de medidas cautelares: el auto del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1984*, en REDA, 1986, páginas 265-268.

65 Se citan resoluciones de tales características en CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991, páginas 157-158.

66 CHINCHILLA MARÍN, C., *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, en RAP, 1993, páginas 178.

67 BAYLOS, A., *Sobre la suspensión de los actos de imposición de servicios mínimos en casos de huelga (Comentario a la STC 148/1993, de 29 de abril)*, en Derecho privado y Constitución, 1993, páginas 304-305; CHINCHILLA MARÍN, C., *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, en RAP, 1993, página 188; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas) y "jurisdicción plenaria" de los Tribunales contencioso-administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos. Dos sentencias constitucionales*, en REDA, 1993, páginas 485-486.

Los ejemplos extraídos de la práctica judicial han hecho consistir las medidas positivas en órdenes a la Administración de que resuelva nuevamente sobre una solicitud denegada de inscripción en un registro, que tenía efectos autorizatorios, motivando expresamente su acto respecto a determinadas cuestiones; en que resuelva de nuevo sobre una petición de licencia denegada teniendo en cuenta cierto hecho determinante<sup>68</sup>; que se resuelva nuevamente sobre permisos de residencia y trabajo denegados, teniendo en cuenta un hecho determinante acreditado, pero desconocido por el acto de denegación y de requerimiento de abandono del territorio español<sup>69</sup>; autorización de reparaciones urgentes en la cubierta de una estación de ferrocarril, que amenazaba peligro para usuarios, suspendiendo, en cuanto era necesario para ello, la denegación de licencia de obras municipal<sup>70</sup>. Salvo el último caso los demás son ilustrativos de los límites (y de las posibilidades) de las medidas positivas en estos supuestos.

No obstante, si la pretensión interpuesta o que se prevé interponer en el proceso principal es la pretensión de condena por inactividad de la Administración, el riguroso presupuesto de que esté nítidamente establecida una obligación a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas (art. 29.1), permite concluir que, si lo requiere la efectividad de la sentencia -que no pudiera ser debidamente preservada con medidas de aseguramiento o de conservación-, se pueden decretar medidas cautelares consistentes en mandatos judiciales de cumplimiento total o parcial de la prestación con carácter provisional.

### *C) Normas para la ejecución de la resolución que acuerda medidas cautelares*

Problema distinto al del alcance que pueden tener las medidas cautelares (qué puede ordenar un juez con eficacia imperativa y en calidad de medida cautelar) es el de qué medios pone el ordenamiento al servicio del

---

68 Resoluciones en ese sentido en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Medidas cautelares positivas y disociadas en el tiempo: el auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*, en “La batalla por las medidas cautelares”, Madrid, 1992, páginas 213-231; del mismo, *Nuevas medidas cautelares “positivas”: la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento, eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho (Auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de octubre de 1991)*, en “La batalla por las medidas cautelares”, Madrid, 1992, páginas 245-261.

69 CALVO ROJAS, E., *Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Medidas provisionales y medidas cautelares positivas. Últimos avances en esta materia y algún exceso*, en REDA, 1994, páginas 471-476.

70 Auto del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1988, citado en CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991, páginas 158-159.

juez para imponer el cumplimiento forzoso de aquellas medidas que precisen alguna colaboración del sujeto pasivo.

Medidas como la anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso- administrativo en el Registro de la Propiedad, la suspensión de la aplicación de una disposición y la publicación del auto de suspensión con el que se generaliza el conocimiento de la suspensión de vigencia (art. 134.2), pueden ser cumplidas prescindiendo de la voluntad de la Administración demandada. Pero las de cesación, suspensión o prohibición provisional de actividades, así como -en su caso- las consistentes en órdenes de prestación, necesitan que la Administración pliegue su voluntad a cumplirlas, y, en defecto de ello, unos medios que le compelan a plegarla.

Esta materia no está mal resuelta en la LJCA porque el art. 134 remite a los medios ejecutivos establecidos para la ejecución de las sentencias. Hubiera podido ser menos, pero ciertamente no más.

Este artículo requiere como mínimo una puntualización. Su primera lectura conduce a una conclusión rápida que se debe descartar. La excepción especial y expresa de aplicación del art. 104.2, que es el que específicamente se refiere a la facultad de instar la ejecución forzosa del fallo, podría ser interpretada en el sentido de que no proceden para las resoluciones que adoptan medidas cautelares los medios de ejecución forzosa previstos para sentencias, debiendo limitarse el órgano jurisdiccional a instar a la Administración su deber autónomo de cumplimiento de la medida cautelar establecida. No es una interpretación radicalmente absurda atendida la reticencia a las actuaciones ejecutivas frente a la Administración aun con base en sentencias, por lo que mayores pueden ser respecto a medidas no tan seguramente fundadas. No obstante no creo que esta interpretación pueda mantenerse, porque la remisión general al capítulo IV comprende todo el procedimiento y todos los medios para ejecución forzosa predispuestos por el conjunto de sus disposiciones. La excepción especial sólo tiene un alcance, y es además perfectamente funcional con la tutela cautelar: hacer inaplicable el plazo de dos meses para poder instar la ejecución forzosa de la resolución cautelar <sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Sobre esta misma materia pueden ya verse, bajo la antigua LJCA, los Autos de la Audiencia Territorial de Valladolid comentados por COSCULLUELA MONTANER, L., *Suspensión de la ejecución de los actos administrativos en sede jurisdiccional*, en REDA, 1974, páginas 141-146.



## **5.- El procedimiento para resolver sobre la solicitud de medidas cautelares.**

El aspecto procesal-procedimental del régimen de la tutela cautelar sólo en apariencia es secundario. De su ordenación depende en ocasiones la efectividad de esta tutela, como reveló la práctica judicial anterior a la nueva LJCA, que ya intentó suplir insuficiencias de esa ordenación en la antigua LJCA.

Las novedades de la nueva Ley son importantes: el régimen de la contradicción -previa o diferida- depende de la constatación por el juez del requisito de la urgencia; se regula la admisión de la solicitud en función de la pendencia del proceso principal; hay regulación expresa de la revisión de las medidas por variación de sus presupuestos. Nos referiremos a lo más relevante.

*A) La solicitud de las medidas cautelares y su admisibilidad según el trámite del proceso principal.*

*a) Adopción a instancia de parte.*

Las medidas cautelares sólo pueden ser adoptadas a instancia de parte, no de oficio por el órgano jurisdiccional. Se funda en la letra del art. 129.1 y en la de la disposición más general del art. 33. Lo confirma la ausencia de un procedimiento de audiencia de ambas partes sobre una eventual proposición de oficio de medidas por parte del tribunal, procedimiento que, de ser posible tal pronunciamiento, debería estar previsto, dado el exquisito respeto por la contradicción en los casos de ejercicio de poderes oficiales que sigue siendo notable en la nueva LJCA (por ejemplo, arts. 33.2, 5.2 y 51.4, entre otros).

Ni siquiera está prevista la adopción de oficio en el proceso sobre cuestión de ilegalidad, en el que el propio asunto principal debe ser planteado de oficio por el propio órgano jurisdiccional si él no tiene la competencia para declarar la ilegalidad apreciada (arts. 27.1 y 123 al 126). Ahora bien, lo que sí me parece seguro es que si la parte, en proceso de impugnación de disposiciones generales o en cuestión de ilegalidad, pide la suspensión de determinadas disposiciones, el órgano jurisdiccional puede extender, al amparo del art. 33.3, el examen de legalidad y la suspensión a disposiciones en principio no señaladas por la parte.

A “los interesados” refiere el art. 129.1 la facultad de solicitar medidas cautelares, lo que plantea al menos dos problemas.

Si la Administración puede solicitar medidas cautelares en los procesos sobre pretensiones de anulación de acto previamente declarado lesivo. Este supuesto parece no encajar en las previsiones de la ley, únicamente preocupada por las medidas cautelares frente a la Administración y por la ejecución frente a ella. No parece que las normas de la ejecución fueran aplicables en caso de estimación de la pretensión de la Administración en proceso de lesividad, sino que para las eventuales restituciones derivadas de la anulación del acto la Administración habría de utilizar -en principio- sus potestades propias en vía administrativa. Sin embargo, si la Administración no puede ejercitar potestades de autotutela -ni siquiera con efectos cautelares- mientras el acto declarado lesivo no haya sido anulado por los tribunales, la falta de previsión de medidas cautelares frente al demandado en el proceso de lesividad es una laguna de protección cautelar de la Administración.

Por interesados no pueden ser tenidos a efectos de solicitar medidas cautelares los codemandados con la Administración, porque ellos no tiene interés en obtener tales medidas, sino en oponerse a ellas y en pedir el establecimiento de contracautelas específicas y genéricas (art. 133).

*b) Requisitos de las partes.*

Para la admisibilidad de los actos de parte de solicitud de medidas cautelares rigen las normas generales de LJCA en cuanto a capacidad y postulación. Sólo para las medidas previas al proceso principal, previstas en el art. 136, debe advertirse que, al amparo del art. 4.4º LEC <sup>72</sup>, podría entenderse no necesaria la intervención de procurador, que ahora es preceptiva ante los órganos colegiados de acuerdo con el art. 23.2.

*c) Contenido: petición fundada de una medida cautelar determinada.*

De la interpretación sistemática de los arts. 129, 130 y 133 deriva que el solicitante no puede limitarse a pedir que se adopten las medidas cautelares que sean adecuadas al caso, sino que ha de concretarlas. También es una

---

<sup>72</sup> Véase ORTELLS RAMOS, M., CALDERÓN CUADRADO, M.P., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Granada, 1996, página 26; ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo (Doctrina y jurisprudencia)*, Granada, 1998, páginas 290-292.

razón en favor de esto que es él quien responde de los daños y perjuicios que eventualmente causen las medidas adoptadas a su instancia.

Lo que ocurre es que el deber de congruencia frente a tal petición no se entiende en el sentido de que, si la medida pedida no es estimada procedente, el juez sólo podrá desestimarla, sino en el de que es congruente conceder la medida con contracautelas específicas y genérica (caución) (art. 133. 1 y 2), concesión que no se entiende como pronunciamiento sobre un *aliud*, sino como concesión de menos de lo pedido.

En cuanto, previamente a la resolución, no hay otra oportunidad de actuación procesal del solicitante, en la solicitud han de alegarse los fundamentos de la medida solicitada, y, en cuanto tales fundamentos requieran de acreditamiento, éste habrá de instrumentarse sea por remisión a los autos principales (la prohibición del art. 132.2, cuyo alcance consideraremos después, no afecta a la primera adopción de las medidas, sino a su modificación), sea por acompañamiento de documentos o informes, dado que no está prevista la práctica de otros medios de prueba.

*d) Admisibilidad de la solicitud en atención al trámite del proceso principal.*

La regla general es que la solicitud de medidas cautelares es admisible en cualquier estado del proceso (art. 129).

Incluso cuando existe sentencia provisionalmente ejecutable. La ejecución provisional es una posibilidad procesal de la parte (arts. 84.1, 91.1), no una carga, cuya falta de asunción le impediría incluso solicitar medidas cautelares. La parte favorecida por la sentencia puede optar entre pedir la ejecución provisional de la misma o la adopción de medidas cautelares (así, expresamente, en el art. 83.2), lo que es lógico, dado que con lo primero asume una mayor responsabilidad para el caso de revocación de la sentencia, mientras que las medidas cautelares pueden ser suficientes.

El problema es si la solicitud sería admisible durante la ejecución. No niego que, en el complejo procedimiento de la ejecución contra la Administración, sean admisibles medidas instrumentales para garantizar la efectividad del resultado final, pero me parece excesivo someter la adopción de las mismas al conjunto de normas que rigen las medidas cautelares.

Por otra parte aquella regla general tiene dos excepciones en sentidos diferentes.

Una se refiere a la medida de suspensión de la aplicación de una disposición general impugnada, que sólo parece admisible si se pide con el acto de interposición o con el de demanda; por tanto, no en cualquier estado del proceso. Me parece dudoso que esta norma deba aplicarse al proceso sobre cuestión de ilegalidad. Este proceso carece de tutela cautelar adecuada, al no haberse previsto la suspensión de oficio. Una aplicación rigurosa del art. 129.2 impediría incluso que las partes pudieran instar la suspensión. Entiendo que, en este proceso especial, las partes interesadas puedan pedir la suspensión al formular las alegaciones previstas en el art. 123.3.

La otra excepción es la de las medidas del art. 136, cuya solicitud es admisible aunque no esté pendiente el proceso principal. Solicitadas antes de la interposición, la parte tiene la carga de realizar el acto de interposición en el plazo de diez días desde la notificación del auto de adopción. La no asunción de esa carga da lugar a la extinción *ipso iure* de las medidas. Es requisito de admisibilidad de esta solicitud la concurrencia de circunstancias de especial urgencia, como se deduce de la remisión del art. 136.2 a la tramitación dispuesta en el art. 135, que contiene esa apreciación judicial de la especial urgencia, la cual, en este supuesto, no sólo influirá en el régimen de la contradicción, sino en la admisibilidad de la solicitud.

*e) Competencia para conocer de la solicitud de medidas cautelares.*

Si la medida se solicita cuando ya está pendiente el proceso principal, la competencia para resolver sobre ella corresponde al mismo órgano jurisdiccional que estuviera conociendo del proceso principal, de acuerdo con el art. 7.1, que le atribuye competencia funcional para conocer de todas las incidencias de ese proceso.

Ese artículo no resuelve, sin embargo, el problema de la competencia en el caso de que la solicitud de medidas cautelares se formulen cuando el proceso esté en etapa de recurso. En defecto de norma específica habría que aplicar el régimen supletorio de LEC. Pero hay dos preceptos indiciarios de que en el proceso contencioso-administrativo hay una solución propia para este problema. Por un lado el art. 83.2, que atribuye competencia para adoptar medidas cautelares al Juzgado de lo Contencioso-administrativo, incluso si ya hubiera admitido una apelación en dos efectos. Por otro el art. 91.4 impone a

la Sala cuya sentencia o resolución equiparada hubiera sido recurrida en casación, que conserve testimonio de los particulares de los autos necesarios para resolver sobre la ejecución provisional si las partes legitimadas la solicitan. Sería un contrasentido que las medidas cautelares debieran ser solicitadas del Tribunal Supremo si está conociendo del recurso de casación interpuesto en el proceso <sup>73</sup>.

La admisibilidad de solicitud de medidas previamente a la pendencia del proceso principal (art. 136.2) hace imprescindibles normas de competencia objetiva y territorial para determinar el órgano que ha de conocer de las mismas. Ante la falta de normas específicas son de aplicación las mismas normas que atribuyen la competencia para conocer del proceso principal.

*B) La audiencia de la parte contraria.*

La admisión a trámite de la solicitud de medidas cautelares da lugar a la formación de pieza separada en su caso -es decir: si la solicitud se presenta cuando el proceso principal ya está pendiente-, en la que el siguiente acto procesal es la audiencia de la “parte contraria” dentro de un plazo de diez días (art. 131). El significado de esta posibilidad de audiencia es el de que la “parte contraria” podrá formular alegaciones defensivas por escrito, con posibilidad de pedir la denegación de las medidas solicitadas o la concesión de las mismas sólo con las contracautelas específicas adecuadas o con la contracautela genérica de la caución (art. 133.1). Que estas alegaciones y peticiones correspondan al interés de esta parte procesal -y que su efectividad práctica dependa, en buena medida, de que esta parte las formule- no significa que las mismas sean necesarias para que sea congruente una resolución en tal sentido del órgano jurisdiccional. Éste puede, de oficio, denegar la medida si no es procedente en virtud del juicio circunstanciado de valoración, o concederla con las restricciones dichas si procede acordarlas porque de las medidas pueden derivarse perjuicios.

Las alegaciones de hecho habrán de ser, como mínimo, acreditadas. Con este fin sirve la remisión al expediente administrativo, a los autos principales y la aportación de informes y documentos específicamente pertinentes respecto de los presupuestos de la tutela cautelar. No esté prevista

---

<sup>73</sup> Así también para el proceso civil, ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo (Doctrina y jurisprudencia)*, Granada, 1998, páginas 288-289.

una oportunidad procesal de practicar medios de prueba distintos a los anteriores.

Problema clave en esta materia es el de qué personas que ocupen la posición procesal de “parte contraria” han de tener la oportunidad de ser oídas.

Del art. 131 parece deducirse que sólo se dará traslado para alegar a las partes que ya se hubieran personado y, en cualquier caso, a la Administración demandada. En efecto, según esta disposición únicamente para el caso de la Administración demandada se dispone que, si aun no estuviera personada, el traslado y la audiencia se entenderán directamente con el órgano autor del acto impugnado. Esta norma parece deberse a la necesidad de no demorar un pronunciamiento que, según la finalidad institucional de las medidas cautelares, es urgente. Aunque sea poco cuidadosa con la contradicción en el procedimiento para la tutela cautelar, no es previsible que tenga problemas de constitucionalidad a la vista de lo que ya ha tenido oportunidad de decir el TC en los ATC 340/ 1983, de 6 de julio (que inadmite un recurso de amparo que abiertamente planteaba la violación de la prohibición de indefensión del art. 24.1 CE, por falta de contradicción previa -e incluso de contradicción diferida a través de los recursos- del titular de una licencia de edificación, suspendida cautelarmente a instancia de una asociación que recurrió el acto administrativo de concesión; el beneficiario de la licencia había sido emplazado por edictos, por falta de conocimiento se personó tarde y perdió las posibilidades defensivas respecto a la suspensión), y ATC 69/1985, de 30 de enero (inadmite amparo en el que el recurrente sostiene que se ha violado su derecho a la no indefensión por haber resuelto la Sala de lo contencioso-administrativo sobre la suspensión del acto administrativo impugnado, del que era Administración autora, sin haberle dado oportunidad de alegar en el incidente de suspensión, dado que éste fue resuelto antes de que finalizara el término del emplazamiento, durante el cual la Administración demandada podía personarse y tomar conocimiento de la solicitud de suspensión).

*C) La exclusión excepcional de la audiencia previa de la parte contraria.*

De acuerdo con los criterios técnicamente más perfectos de ordenación de la contradicción en el procedimiento cautelar el art. 135 dispone ahora que “atendida las circunstancias de especial urgencia que concurren en el caso”, el

órgano jurisdiccional podrá proveer sobre la medida cautelar solicitada sin audiencia previa de la parte contraria.

La justificación de esta modalidad procedimental no está en que, para la efectividad de las medidas acordadas, sea necesario sorprender al sujeto pasivo de las mismas -que podría hacerlas inocuas si conociera de antemano su solicitud-, sino en la especial urgencia en proceder, porque la producción de los efectos de la actuación administrativa impugnada es inminente y puede consumar el daño al derecho o interés antes de que pueda proveerse sobre la medida cautelar por la vía procedimental ordinaria.

Este problema real de la efectividad de la tutela cautelar fue resuelto bajo la anterior LJCA de dos modos.

Uno de ellos consistió en establecer -como hizo el Auto de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 1990- que mientras se tramita y resuelve el incidente de suspensión, el acto administrativo no puede ser ejecutado.

Decía ese auto: "...como los tribunales de justicia sólo pueden decidir sobre la suspensión después de la necesaria tramitación de un incidente (art. 123 LJCA), lo que exige el transcurso de un cierto tiempo, es evidente que, si la Administración ejecuta su acto en el ínterin, está violando (y este Tribunal también, si no lo evita) el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte actora reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española"<sup>74</sup>.

Por otra parte también la STC 78/ 1996, de 20 de mayo, establece que, si el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión: "es lógico entender que mientras se toma aquella decisión no puede impedirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en juez".

La otra construcción jurisprudencial, con trascendencia para nuestro tema, fue la de las llamadas medidas provisionalísimas<sup>75</sup>.

El ATS de 2 de noviembre de 1993 las fundamentaba de la siguiente manera: "Entre los principios que configuran el significado natural y propio de la

---

<sup>74</sup> CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991, páginas 140-141.

<sup>75</sup> Críticamente CALONGE VELÁZQUEZ, A., *Primera decisión jurisprudencial sobre medidas cautelares "provisionalísimas"*. Un paso más en la crisis de la ejecutividad de los actos administrativos, en Poder Judicial, núm. 33, 1994, pág. 465-477; SANZ GANDÁSEGUI, F., *¿Medidas provisionalísimas en el proceso contencioso-administrativo?*, en RAP, núm. 138, septiembre-diciembre, 1995, pág. 183-201.

Jurisdicción destaca el de la efectividad de sus decisiones. Nuestra vigente Constitución lo ha sancionado al declarar, entre los derechos fundamentales, el de obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales (art. 24.1 de la Constitución) (...). No parece necesario abundar en más razones o argumentos, que, desde el ámbito de los principios, justifiquen la adopción de medidas o cautelas para salvaguardar el derecho del que promueve el incidente de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo a que la medida que legítimamente postula sea eficaz, pues de lo contrario, carecería de significado el propio incidente de suspensión. El sistema procesal, al que hemos de acudir por defecto de disposición expresa en el específico ordenamiento del proceso contencioso-administrativo, viene señalado por este mismo ordenamiento, al remitirnos la Disposición Adicional Sexta de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual acoge un sistema mixto de medidas cautelares al establecerlas concretas y singulares junto con otras innominadas, previstas éstas por el artículo 1428 de dicha Ley, que permite al juez adoptar, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste, las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recaiga. Este precepto, por imperativo de la indicada Disposición Adicional Sexta de la Ley de esta Jurisdicción, tiene carácter supletorio en el proceso contencioso-administrativo (...) la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento civil viene establecida con carácter general por la mentada Disposición Adicional Sexta, sin que la adopción de medidas provisionalísimas, que garanticen la efectividad de la decisión que resuelva el incidente de suspensión esté prevista (según expusimos anteriormente y admite el propio Abogado del Estado) en la Ley Jurisdiccional, de manera que no cabe impugnar su adopción argumentando que sólo cabe ordenar la específica medida cautelar establecida al efecto por la ley porque, al fin de asegurar la efectividad de la suspensión que pudiera acordarse la ley no contempla una singular medida ad hoc, lo que impone, ante la necesidad de dar contenido a la tutela cautelar, acudir al sistema de medidas innominadas admitidas por la Ley de Enjuiciamiento civil, a la que, como norma supletoria, se remite la Ley de esta Jurisdicción. Justificada desde el ámbito de los principios y contemplada por el ordenamiento procesal la posibilidad de adopción de medidas cautelares inespecíficas tendentes a salvaguardar la efectividad de la resolución que se dicte en el proceso de que se trate, debemos examinar el significado y alcance de las que, con carácter provisionalísimo, pueden acordarse para preservar la eficacia de la decisión de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo impugnado. No puede la medida cautelar constituir una resolución anticipada de la cuestión sometida a la decisión del Tribunal una vez tramitado el proceso incidental (lo mismo que la decisión de ésta no prejuzga la sentencia definitiva), de manera que no cabe acordar, de modo general, la suspensión de la ejecutividad del acto, que es el objeto de dicho proceso incidental, sino que ha de limitarse a garantizar que aquella resolución judicial sea eficaz, y así se deben concretar los actos materiales que la Administración ha de llevar a cabo o abstenerse de ejecutar para evitar que se frustre el fin del proceso cautelar (...) Tampoco es admisible el automatismo de tales medidas provisionalísimas, de manera que la mera petición de las mismas al



solicitar la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado, no conlleva su adopción sino que el solicitante debe justificar su pretensión y el Tribunal, previa audiencia, si el caso lo permitiese sin menoscabo de la propia medida, de los representantes procesales de la Administración autora del acto y de los demás demandados si hubiesen comparecido, habrá de ponderar los intereses en conflicto para decidir en consecuencia”.

La novedad procedimental introducida por el art. 135 para dar respuesta a ese problema de efectividad de la tutela cautelar plantea la cuestión de si, dado que el legislador ya ha optado por un determinado tratamiento para satisfacer esa necesidad y requiere, en todo caso, un pronunciamiento jurisdiccional para que proceda la suspensión -aunque ese pronunciamiento se dicte en una vía procedimental facilitada-, se puede continuar atendiendo a la jurisprudencia sobre la no ejecución pendiente el incidente.

Decretada la medida sin audiencia previa, en la misma resolución se señala una audiencia para revisar con contradicción las medidas decretadas, y se cita a las partes para la misma. Si se trata de medidas solicitadas de modo previo a la interposición del recurso contencioso, la audiencia será señalada para celebrarse dentro de los tres días siguientes a aquél en que se hubiera interpuesto el recurso en tiempo hábil para que la medida sea mantenida. Si el recurso contencioso no es interpuesto en ese tiempo hábil, la medida se habrá extinguido *ipso iure* y la audiencia carecerá de objeto (art. 136.2). Otra cosa es el incidente para valorar los daños y perjuicios causados por la medida, previsto por el art. 133.3.

La técnica elegida para la contradicción diferida no es la de contradicción eventual a instancia del demandado, sino que el restablecimiento de la contradicción procede de oficio y se realizará aunque no lo pida la parte frente a la que se ha decretado la medida cautelar, ni comparezca en la audiencia a la que ha sido citada. Otra cosa es que, prácticamente, esa conducta procesal dará probablemente lugar a la confirmación de la medida inicialmente decretada.

A pesar de que la audiencia se realiza en una comparecencia oral y concentrada -que podría permitir la práctica de medios de prueba distintos a la aportación de documentos y de informes- no hay razón que justifique que los medios de acreditamiento de los presupuestos de las medidas cautelares deban ser en, este caso, distintos a los admitidos (implícitamente) en general.

En fin debe tenerse en cuenta que, si este procedimiento no es admitido a trámite, por no estimar el órgano jurisdiccional que concurre el presupuesto

procesal específico de la especial urgencia, la consecuencia debe ser simplemente la continuación del procedimiento con traslado de la solicitud a la parte contraria para que formule alegaciones antes de resolución.

*D) Resolución sobre la medida cautelar y recursos contra la misma.*

La resolución sobre la medida cautelar ha de dictarse en forma de auto. En apartados anteriores ha habido oportunidad de referirse a que el requisito formal de la motivación adquiere una peculiar importancia en cuanto que en la misma ha de traslucirse la valoración o ponderación circunstanciada que ha conducido a resolver, en uno o en otro sentido, sobre la medida cautelar. Igualmente se han hecho referencias a ciertas especialidades del requisito de congruencia de esta resolución.

Para el régimen de recursos contra la resolución hay que distinguir:

1º) Si fue dictada en el procedimiento con exclusión de la previa audiencia de la parte contraria y concedió la medida, el auto no es recurrible, porque para su revisión está previsto un medio de impugnación más específico (art. 135).

Si la medida, solicitada en ese procedimiento, no fue concedida es necesario distinguir nuevamente. Si la causa de la no concesión ha sido la procesal de no concurrir la especial urgencia necesaria para esta tramitación, la resolución no es recurrible, porque no pone término al incidente de medidas, sino que sólo determina que continúe con audiencia previa (arts. 80.1, a y 87.1, b en sentido contrario). Si la medida es desestimada por razones de fondo proceden los mismos recursos que contra medidas dictadas con audiencia previa.

2º) Si la resolución (estimatoria o no) fue dictada, en procedimiento con audiencia previa, por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo o por los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, es recurrible mediante apelación en un sólo efecto (art. 80.1, a), aunque resulta un contrasentido que esa apelación proceda con independencia de cual sea el objeto del proceso principal del que las medidas son instrumentales, mientras que, en los supuestos que se deducen del art. 81, contra algunas sentencias finales de procesos con determinados objetos la apelación no es admisible.

Si la resolución (estimatoria o no) fue dictada por Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la

Audiencia Nacional, es recurrible mediante casación (art. 87.1, b) si este recurso fuera también admisible contra la sentencia final del proceso del que las medidas son instrumentales (art. 87.1).

*E) Variabilidad de la resolución sobre las medidas cautelares.*

Una vez dictada resolución firme sobre una medida cautelar de cierto proceso principal, concediéndola o denegándola ¿puede obtenerse una nueva resolución sobre la medida respecto al mismo proceso principal?

Este problema de la cosa juzgada de las resoluciones sobre medidas cautelares es distinto a otros supuestos de extinción o modificación de las medidas cautelares, como los que son consecuencia de la instrumentalidad respecto al proceso principal o la posibilidad de sustituirlas por una garantía menos gravosa para el sujeto pasivo. Consiste la diferencia en que en los últimos supuestos no se requiere un nuevo enjuiciamiento de los presupuestos de la medida cautelar.

Si la función del proceso cautelar es garantizar la eficacia de los resultados del proceso principal, no sólo es conveniente que las medidas cautelares puedan adoptarse por primera vez de modo inmediato ante la presencia de los presupuestos que las condicionan, sino también que pueda volverse sobre una anterior resolución cuando se haya producido algún cambio de circunstancias que afecte a aquella función garantizadora.

Por éstas y otras razones, parte de la doctrina niega que la institución de la cosa juzgada sea adecuada a la tutela cautelar.

En realidad no es necesario llegar a esta conclusión para satisfacer la razonable necesidad de que las resoluciones sobre las medidas cautelares puedan variarse en dependencia de una correlativa modificación de los presupuestos de las medidas. Esta necesidad puede satisfacerse si se tienen en cuenta los límites temporales de la cosa juzgada.

No habría pues obstáculo a un nuevo pronunciamiento sobre la medida cautelar ya resuelta por resolución firme, si aquél se solicita con fundamento en hechos nuevos (no en simples nuevos medios de prueba o de acreditamiento) acaecidos con posterioridad al estado de hechos que pudo ser considerado por aquella resolución firme.

La nueva LJCA establece regulación expresa en ese sentido, al disponer en el art. 132.1 que, si bien las medidas acordadas -se entiende mediante resolución firme- sólo se extinguirán cuando termine el proceso principal, “podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado”.

Además el precepto es riguroso en cuanto a la calidad de los datos que han de variar para que pueda instarse una revocación o modificación, porque excluye que pueda estimarse variación de circunstancias lo que resulte de las resoluciones que se dicten durante el proceso principal relativas a la admisión del proceso o a su objeto, así como las simples modificaciones de los criterios de valoración aplicados en la resolución inicial (art. 132.2). En definitiva, son necesarios nuevos datos de hecho relevantes para la valoración.

Si se observa bien el precepto es incompleto, porque no dispone sobre la situación equiparable de una nueva solicitud de medidas en un proceso principal en el que una solicitud anterior fue desestimada por resolución firme. Propongo que esa laguna se integre de acuerdo con la *ratio* del precepto considerado: un pronunciamiento sobre esa resolución será admisible si se funda en nuevas circunstancias. No obstante, en este caso hay norma especial y contraria a lo dispuesto en el art. 132.2: el art. 83.2 establece expresamente que dictada sentencia en primera instancia “el juez, en cualquier momento, a instancia de la parte interesada, podrá adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia atendiendo a los criterios establecidos en el capítulo II del Título VI”.