

Artículos

La Tutela Judicial Cautelar en el Orden Contencioso-Administrativo

Luciano Parejo Alfonso
*Catedrático de Derecho Administrativo
España*

SUMARIO

- I. INTRODUCCION
- II. EL NUDO DEL PROBLEMA: EL PODER PUBLICO ADMINISTRATIVO Y SUS ATRIBUTOS
- III. LA TECNICA DE LA SUSPENSION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS
1. *La situación actual.* 2. *Las líneas básicas de la necesaria nueva regulación de la figura.*
- IV. LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN ORDEN AL ASEGURAMIENTO DE LOS BIENES LITIGIOSOS, PIEZA INDISPENSABLE DEL SISTEMA DE TUTELA JUDICIAL CAUTELAR

I. INTRODUCCION

El Derecho Administrativo español, como el francés (que es su modelo histórico), descansa sobre la idea y el principio del poder público. La Administración es, posee o, en todo caso, pertenece a un poder dirigido a la ejecución de las leyes, del ordenamiento, separado tanto del poder legislativo como, especialmente, del judicial. Por ello mismo, su posición jurídica es exorbitante, caracterizándose por la capacidad de decisión unilateral, previa, presuntamente legítima y ejecutiva; en definitiva, por la doble autotutela declarativa y ejecutiva. De este modo, la perspectiva principal continúa siendo la establecida por el insigne jurista M. Hauriou¹: el conflicto entre el poder público y la resistencia de las posiciones activas privadas.

Esta construcción, cuyas raíces y evolución históricas son bien conocidas, impone de suyo el carácter revisor y no suspensivo (como regla general) del control judicial de la acción administrativa, con independencia de la plenitud de dicho control. La cuestión básica de la efectividad de la tutela judicial derivada de la posibilidad de la ejecución de los actos administrativos pendiente su impugnación incluso judicial, se resuelve insatisfactoriamente en el esquema clásico (sin perjuicio de la conquista histórica que supuso) por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En España, el establecimiento en diciembre de 1978 de un orden constitucional avanzado (fundado en la institución de un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político), obliga inexcusablemente a una completa revisión de las bases y los principios del sistema descrito. No se trata tanto de la difi-

1. M. HAURIOU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Remeil Sirey, París 1911, 7ª ed., Libro primero.

cultad del encaje en el nuevo orden de la Administración como poder de decisión unilateral y ejecutoria sujeto sólo a un control judicial *ex post*, pues si bien de los artículos 97 y 106 de la Constitución no resulta necesariamente esta imagen, parece claro que estos preceptos no sólo no la excluyen sino que la propician (el artículo 106, al enfatizar el control por los Tribunales de la potestad reglamentaria, la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, está presuponiendo el desarrollo autosuficiente de dicha actuación, sin necesidad de auxilio judicial, hasta su efectividad en la realidad), siendo concluyente tanto el hecho de que el régimen de garantías jurisdiccionales implantado, simultáneamente a la promulgación de la Constitución, por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, para los derechos fundamentales de la persona haya asumido con toda naturalidad la referida imagen justamente para la tutela de las posiciones jurídicas activas más sólidas reconocidas a los ciudadanos, como su aceptación inequívoca por la jurisprudencia constitucional². El problema principal reside más bien en los términos y condiciones de la tutela ofrecida a través del control judicial de la actuación administrativa, teniendo en cuenta la consagración por el artículo 24.1. de la Constitución del derecho fundamental de toda persona a la obtención de la *tutela efectiva* por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, con interdicción de toda situación o resultado de

2. Dos sentencias se pronuncian inequívocamente sobre este punto. La de 17 de febrero de 1984, afirma en el fundamento jurídico jurídico 4º:

La potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución. Es verdad que el art. 117.3. de la Constitución atribuye al monopolio de la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a los jueces y tribunales establecidos en las leyes, pero no es menos cierto que el art. 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse, el de eficacia "con sometimiento pleno de la Ley y al Derecho". Significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración Pública con arreglo al art. 103 de la Constitución y, por ende, puede ser ejercida por las autoridades municipales, pues aun cuando el artículo 140 de la Constitución establece la autonomía de los municipios, la Administración municipal es una Administración pública en el sentido del antes referido artículo 103.

La de 6 de junio de 1984 sostiene, desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que:

La cuestión se centra, por tanto, en si el art. 24.1. de la Constitución impone una reinterpretación de los textos que en nuestro Derecho contiene las reglas respecto a la ejecutividad. La ejecutividad de los actos sancionadores pertenecientes a la categoría de los de este recurso no es algo indefectiblemente contrario al derecho a la tutela judicial efectiva. En el caso presente, estando abierto el control judicial, por la vía incidental con ocasión de la impugnación del acto, de modo que se garantice la valoración de los intereses comprometidos por la ejecutividad, o por la suspensión, intereses que son, junto a los de las partes en eventual litigio, los intereses generales, y a la técnica preventiva que es propio de lo pendiente de decisión judicial, el contenido esencial del derecho a la tutela judicial no padece. La rigurosidad de la regla de la no suspensión arbitrando para las hipótesis estimatorias del recurso difíciles fórmulas reintegrativas o permitiendo situaciones irreversibles, o generando de una u otra forma limitaciones carentes de justificación respecto al acceso a la jurisdicción, podrán dañar el derecho a la tutela judicial y justificarán que, desde la idea del art. 24.1. de la Constitución, se reinterpreten los preceptos aplicables entre ellos el artículo 122.2. (de la LJCA). Sin embargo, no se podrá, acudiendo a la mención de aquel precepto constitucional, entenderse desaparecida la ejecutividad o, poniendo más el acento en uno de aquellos intereses que en otro, relegar o despreñar otros, tanto generales como de terceros. El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester resuelva sobre la suspensión. El recurrente ha gozado de esta garantía en dos instancias.

indefensión. La exigencia de efectividad —como ha tenido ocasión de precisar el Tribunal Constitucional³— afecta desde luego a la regulación misma del proceso conten-

3. Varias Sentencias pueden traerse aquí a colación.

La Sentencia de 14 de julio de 1981 dice textualmente:

Este derecho a la jurisdicción reconocido en el párrafo número 1 del mencionado artículo 24 no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse por los órganos del Poder Judicial, sino que ha de ser comprendido en el sentido de que se otorgue por éstos dentro de los razonables términos temporales en que las personas lo reclaman en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. El ámbito temporal en que se mueve el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales lo viene a consagrar el párrafo número 2 del mismo artículo 24 de la Constitución al hablar de "un proceso público sin dilaciones indebidas", y aunque pueda pensarse que por el contexto general en que se utiliza esta expresión sólo está dirigida en principio a regir en los procesos penales, ello no veda que dentro del concepto general de la efectiva tutela judicial deba plantearse como un posible ataque al mismo las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso. Es en este sentido en que se manifiesta la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales al establecer en su artículo 6, número 1, que "toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial...". A su vez, este plazo razonable fue interpretado por el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre primeramente para los procesos penales (asuntos Neumeister y Ringelsen) y posteriormente extendido para los procedimientos ante las jurisdicciones administrativas (caso König), en el sentido de que el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe apreciarse según las circunstancias de cada caso y teniendo en cuenta fundamentalmente "la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente y la forma en que el asunto haya sido llevado por las autoridades administrativas y judiciales" (Cour Sur. D.H., Affaire König, décision du 23 de avril 1977, série A, núm. 27, p. 34)...

... El artículo 10, núm. 2, de la Constitución establece que "las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Este precepto constitucional nos permite acudir a aquella doctrina establecida en el caso König para determinar si en el sometido ahora a esta jurisdicción constitucional concurren los supuestos que permitan calificar de lesiva constitucionalmente la actuación del órgano del Poder Judicial.

La Sentencia de 7 de junio de 1982 razona así:

Artículo 24.1. de la Constitución. El derecho a la tutela efectiva que dicho artículo consagra no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de algunas de las partes, en meras declaraciones de intenciones.

La Sentencia de 13 de abril de 1983 afirma que:

El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los Jueces y Tribunales, el derecho a obtener un fallo de éstos y, como precisa la sentencia número 32/1982 de este Tribunal, también el derecho "a que el fallo se cumpla y a que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido". Esta complejidad, que impide incluir la definición constitucional del artículo 24.1. en cualquiera de los términos de una clasificación dicotómica que, como la que distingue entre derecho de libertad y derecho de prestación, sólo ofrece cabida para derechos de contenido simple, no hace, sin embargo, de este derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales un concepto genérico dentro del cual haya de entenderse insertos derechos que son objeto de otros preceptos constitucionales distintos, como es, por ejemplo, el derecho a un proceso público y sin dilaciones indebidas, que la Constitución garantiza en el apartado 2º de este mismo artículo 24. Desde el punto de vista sociológico y práctico puede seguramente afirmarse que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva; jurídicamente, en el marco de nuestro ordenamiento, es forzoso entender que se trata de derechos distintos que siempre han de ser considerados separadamente y que, en consecuencia, también pueden ser objeto de distintas violaciones.

... el derecho a que se ejecuten los fallos judiciales que reconocen derechos propios sólo se satisface cuando el órgano judicial adopta las medidas oportunas para llevar a efecto esa eje-

cioso-administrativo, en tanto que aquélla postula (a través del artículo 10.2. de la propia Constitución y en virtud del artículo 6.1. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, ratificado en 1979 por España) la realización de la tutela conforme a los principios mínimos de equidad, publicidad y razonabilidad en el tiempo, pero también —y este aspecto es el que ahora importa— supone la operatividad de la protección judicial precisamente sobre los bienes jurídicos objeto de litigio, de suerte que la decisión final del Juez no sea ilusoria y pueda cumplirse en sus propios términos, posibilitando verdaderamente el disfrute de dichos bienes, sin la precisión sistemática de su conversión

ción, con independencia de cuál sea el momento en el que las dicta. Si esas medidas se adoptan, el derecho a la tutela judicial efectiva se habrá satisfecho, aunque si se adoptan con una tardanza excesiva e irrazonable pueda considerarse lesionado el derecho al proceso sin dilaciones indebidas. Cuando, por el contrario, se adoptan, aunque sea con la mayor celeridad, medidas que no son eficaces para asegurar la ejecución, o que, aun siendo en principio adecuadas, quedan privadas de eficacia por no ir seguidas de las destinadas a cumplimentarlas, no cabrá hablar seguramente de dilaciones indebidas, pero sí, sin duda alguna, de una falta de tutela judicial efectiva.

La Sentencia de 16 de mayo de 1984 sostiene:

La tutela de los derechos e intereses legítimos, que consagra el artículo 24 de la Constitución, comprende como derechos de los ciudadanos los de tener acceso a la jurisdicción, tener un proceso que, discurriendo dentro de un período razonable, permita al litigante defender sus intereses, así como el derecho a obtener una decisión jurídicamente fundada o motivada. Además de ello, comprende el derecho a que la sentencia, que eventualmente haya puesto fin al proceso, se cumpla en sus propios términos, pues sólo de esta manera el derecho al proceso se hace real y efectivo, ya que, si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria.

Finalmente, la sentencia de 7 de junio de 1984 señala que:

El artículo 24.1. de la Constitución, al establecer el derecho a la tutela judicial efectiva —que comprende el de ejecución de las sentencias según hemos indicado— viene así a configurar como un derecho fundamental de carácter subjetivo lo que, desde una perspectiva objetiva, constituye un elemento de trascendental importancia en el sistema jurídico.

El desarrollo y regulación del ejercicio de este derecho fundamental, que vincula a todos los poderes públicos, corresponde al legislador, el cual deberá respetar su contenido esencial (artículo 81 y 53.1. de la Constitución); contenido que puede extraerse en parte de la propia Constitución, interpretada de forma sistemática, dado que la misma es un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en relación a los demás.

Así, en primer lugar, la ejecución de las sentencias y resoluciones firmes corresponde a los titulares de la potestad jurisdiccional, "haciendo ejecutar lo juzgado" (artículo 117.3. de la Constitución), según las normas de competencias y procedimiento que las leyes establezcan, lo que les impone el deber de adoptar las medidas oportunas para llevar a cabo esa ejecución (sentencia 26/1983, de 13 de abril, FJ 3º, "Boletín Oficial del Estado" de 17 de mayo). Cuando para hacer ejecutar lo juzgado el órgano judicial adopta una resolución que ha de ser cumplida por un Ente público, ésta ha de llevarle a cabo con la necesaria diligencia, sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado, por imponerle así el artículo 118 de la Constitución, y cuando tal obstaculización se produzca el Juez ha de adoptar las medidas necesarias para la ejecución, de acuerdo con las leyes, que han de ser interpretadas —según ha declarado el Tribunal en reiteradas ocasiones— de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental. Si tales medidas no se adoptan con la intensidad necesaria —y legalmente posible— para remover la obstaculización producida, el órgano judicial vulnera el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias, que le impone —como antes decíamos— el deber de adoptar las medidas oportunas para llevarla a cabo. Por otra parte, tales medidas han de adoptarse sin que se produzcan dilaciones indebidas, pues de otra forma se vulneraría el artículo 24.2. de la Constitución, que si bien, como señala la mencionada sentencia, no se confunde con el derecho a la ejecución de las sentencias del 24.1., se encuentra en íntima relación con el mismo, pues es claro que el retraso injustificado en la adopción de las medidas indicadas afecta en el tiempo a la efectividad del derecho fundamental, de tal forma que, como afirma la sentencia del Tribunal 6/1981, de 14 de julio, en su FJ 3º ("Boletín Oficial del Estado" de 20 de julio), debe plantearse como un posible ataque al derecho a la tutela judicial efectiva las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso.

en una indemnización equivalente en razón a su desaparición, pérdida o lesión durante el proceso a resultas de la actuación administrativa (la ejecución del acto impugnado).

La revisión apuntada como necesaria viene de hecho haciéndose —en punto a esta última y grave cuestión— tanto por el legislador, como por la jurisprudencia y la doctrina científica. Pero su desarrollo suscita la preocupación sobre la bondad de su resultado final: el legislador, sin abordar aún la reforma de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, está introduciendo regulaciones especiales en distintas leyes sustantivas sectoriales, acordes quizás con los requerimientos de las materias correspondientes pero inductoras de un riesgo cierto de ruptura de la coherencia sistemática y de la economía propia de la institución; la jurisprudencia, obligada a resolver conforme al orden constitucional aplicando una legislación básicamente preconstitucional, no ha hallado aún una línea coherente, pero muestra lógicamente —por la naturaleza y los condicionamientos de su función— la tendencia a encontrar el nuevo equilibrio en una enfatización, quizás excesiva, del aspecto garantista de los derechos e intereses privados, en detrimento relativo de los intereses públicos; conducta jurisprudencial favorecida indudablemente por los análisis doctrinales, hasta ahora limitados a poner de relieve los requerimientos derivados del artículo 24.1. de la Constitución.

Falta, pues, una actualización de la tutela judicial cautelar en el seno del contencioso-administrativo y en el marco de la necesaria redefinición, a partir del orden constitucional, del sistema administrativo y del correspondiente control judicial; actualización, desde la que sea posible resolver de forma consecuente sobre las modulaciones que deba sufrir o las soluciones específicas que deban excepcionar la regulación general por razón de las exigencias singulares de las distintas materias de la acción administrativa. Las consideraciones que siguen pretenden ser una modesta contribución a la necesaria reflexión en orden a la aludida actualización.

II. EL NUDO DEL PROBLEMA: EL PODER PUBLICO ADMINISTRATIVO Y SUS ATRIBUTOS

No siendo la tutela judicial cautelar o provisional más que una pieza del control judicial de la Administración, es claro que, como ésta, está en función de los principios vertebrantes del Derecho Administrativo. La solución tradicional y aún vigente trae causa, en efecto, de determinadas ideas de gran fuerza y aún persistentes en diversa medida, a pesar de las profundas transformaciones experimentadas por la Administración, el campo de su actuación y las formas de su intervención en la vida social, de las que procede destacar las tres siguientes:

a) La persistencia en la concepción técnica actual de la Administración como poder público, como ha resaltado M. Rousset⁴, de la noción ideológica —que hunde sus raíces en la tradición romana del "imperium"; recogida por el absolutismo y actualizada por el absolutismo democrático revolucionario— a tenor de la cual existe identidad entre Estado y poder del Estado (lo estatal tiene necesariamente mayor va-

4. M. ROUSSET, *L'Idée de Puissance Publique en Droit Administratif*, Ed. Libraire Dalloz, París 1960, Cap. II.

lor que lo atinente a los individuos), apareciendo la Administración —en su orden propio— con la majestad propia de aquél, en calidad de persona soberana del Parlamento, en esa medida participa en su acción de la misma. En términos objetivos: la ejecución no sería sino la puesta en práctica del mandato de la norma soberana e irresistible. El poder de mando, de *imperium* es, pues, una condición, una cualidad de la Administración como organización pública, que ésta proyecta necesariamente, con igual intensidad, sobre la totalidad de su actuación jurídico-pública con independencia del objeto de ésta.

b) La Administración, en cuanto poder, produce actos unilaterales y ejecutivos, es decir, decisiones ejecutorias. La implicación de la noción de poder en la definición subjetiva misma de la Administración (por influencia del pensamiento de M. Hauriou) lleva a la práctica identificación, a la confusión entre acto unilateral y ejecución forzosa. El acto administrativo por excelencia es el acto imperativo que, al expresar el poder soberano, es susceptible e, incluso, requiere su ejecución de oficio. Así como la soberanía e irresistibilidad de la Ley es consecuencia de la soberanía parlamentaria (que, a su vez y a través del mecanismo representativo, trae causa de la soberanía popular), la presunción de legitimidad y la ejecutividad del acto administrativo son trasunto de la condición de poder público de la Administración.

c) La esencia nuclear del Derecho Administrativo radica, consecuentemente, en el conflicto entre el poder público y las posiciones activas (los poderes privados) de los particulares; conflicto sustanciado, por ello, sobre la base de un específico equilibrio entre *privilegios* y *garantías*. En ese conflicto el primero ha de primar siempre (como regla general y siquiera sea provisoriamente) sobre los segundos, pues en otro caso el poder estatal quedaría en entredicho.

La consecuencia de estas ideas en el plano que nos ocupa no es otra que la reducción estricta de las facultades de tutela cautelar del juez a la suspensión de la ejecutividad y la configuración de dicha suspensión como instrumento excepcional (desde el prisma de los requerimientos del poder) y de garantía frente a la posición privilegiada de la Administración (desde la óptica del interés privado). En España, sin embargo, esta consecuencia adquiere perfiles propios de trascendencia nada despreciable. La construcción actual del Derecho Administrativo español —debida básicamente al maestro de juristas E. García de Enterría directamente en su mayor parte e indirectamente en todo caso a través de sus discípulos— se lleva a cabo en una época en que el poder es prácticamente gubernativo y se ofrece nudamente como tal, desprovisto de verdadera legitimidad democrática, desvinculado de cualquier sistema de valores de referencia vinculantes y, por tanto, tendencialmente arbitrario; características que lo colocaban por principio, en el plano administrativo, bajo sospecha de no correcta traducción del interés general en su actuación. En este contexto, el Derecho Administrativo asume una trascendencia específica en la limitación y reducción del poder, desde la que —inevitablemente— la calificación de la autotutela como privilegio incorpora una carga extrajurídica y la perspectiva —en el ámbito del equilibrio entre privilegios y garantías que constituye, por definición propia, su esencia— se desplaza del lado del desarrollo y afianzamiento de las posiciones privadas y sus garantías. Esta filosofía deja de tener sentido sin duda desde la promulgación de la Constitución de 1978, pero, por

efecto inercial y en ausencia de un nuevo esquema que la reemplace, continúa inspirando el sistema administrativo, fundamentalmente en la obra de la jurisprudencia.

Las ideas de referencia deben ser ahora más bien las siguientes:

a) El Estado es un orden constitucional (en sentido estricto) efectivo por jurídicamente vinculante (art. 9.1. de la Constitución) tanto para los ciudadanos como para los poderes públicos (incluida la Administración Pública). Ese orden constitucional, en cuyo contenido y estructura no es posible ahora detenerse ⁵, se resume principalmente en la fórmula de Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político; valores éstos que, como los restantes constitucionalmente consagrados o reconocidos, han de ponderarse desde la primacía del bien consistente en la dignidad de la persona (sus derechos y el libre desarrollo de la personalidad), estructurándose así —a los efectos de la justicia y desde la óptica de la acción pública conformadora del orden social— en función de la mayor o menor relevancia para la integridad de dicho bien. De ello resulta un cuadro de referencia para la valoración, forzosamente diversa según la implicación de valores y bienes constitucionalmente protegidos, de los intereses públicos y los privados presentes en cada actuación administrativa concreta.

b) Como he razonado en otro lugar ⁶, ese orden constitucional diseña la Administración (el complejo de las Administraciones Públicas) como organización necesaria e institución caracterizada por sus fines (la satisfacción del interés general) y sus medios (la actuación objetiva del interés general con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, bajo la dirección del órgano directa o indirectamente legitimado democráticamente, titular de la función ejecutiva); en definitiva, como un poder público autónomo pero subordinado al Gobierno.

Desde una doble legitimación democrática y objetiva la Administración participa, en efecto, del poder público y, en cuanto principio connatural a éste, de la prerrogativa de ejecución forzosa de su voluntad. Pero no es un poder que pueda predicar sin más de sí mismo y en toda circunstancia tal condición, sino en la medida en que así proceda como manifestación necesaria de la autoridad social encargada del interés público (es, pues, un poder en sentido técnico-jurídico de carácter servicial). Esta caracterización condiciona la construcción de la doble autotutela de que goza, cuyas figuras no pueden confundirse. La de decisión unilateral no es atributo exclusivo de la Administración, dándose también en favor de los particulares en el Derecho privado, por lo que su especificidad radica en la amplitud y fuerza de obligar que se reconoce a la de la Administración en cuanto traduce el interés público definido por la ley. La prerrogativa de ejecución forzosa sólo en sentido técnico es calificable de privilegio, es distinta de la anterior, no debe manifestar ni se manifiesta por igual en cualquier actuación, es estrictamente instrumental del interés público material y su efectiva ac-

5. Véase sobre este extremo mi obra *Estado social y Administración Pública; los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1983.

6. En mi obra *Estado social y Administración Pública...*, ya citada, y también con mayor precisión, en *El concepto del Derecho Administrativo*; Ed. Jurídica Venezolana, Caracas 1984, pp. 257 y ss.

tualización, intensidad y términos de aplicación dependen de la regulación sustantiva concreta que legitime la acción administrativa.

La necesidad de la diferenciación de ambas autotutelas administrativas y de su configuración técnica en sentido instrumental estricto es hoy más que evidente, una vez rota la imagen de la Administración actuante por vía autoritaria, desbordados los esquemas clásicos de intervención-prestación o policía, fomento y servicio público y establecida perfectamente la multiplicidad y diversidad de las formas de satisfacción del interés público. Pues de ello se deduce que ni la fuerza de obligar y la eficacia vinculante de los actos, decisiones u operaciones de la Administración tienen que ser únicas, ni todos ellos precisan —ni mucho menos— ser ejecutados de oficio, ni —finalmente— esta ejecución, cuando proceda, debe revestir características y alcance idénticos.

c) El equilibrio entre privilegios y garantías conforme al que se desarrolla y resuelve el conflicto público-privado propio del Derecho Administrativo no se articula en términos de poderes subjetivo-formales (pues esos poderes y, singularmente, el público son serviciales), sino realmente de intereses sustantivos tutelados por el ordenamiento, de suerte que el orden de su satisfacción debe establecerse en función de la regulación material (que motive y legitime el ejercicio de las prerrogativas públicas) y su interpretación y aplicación debidas a partir del sistema constitucional de valores. En otras palabras, aquel equilibrio no puede definirse una vez por todas con carácter general y abstracto, pues es necesariamente diverso en razón a la distinta naturaleza y valor de los bienes jurídicos en presencia conforme en definitiva al orden constitucional. El equilibrio ha de ser, pues, el resultado de una ponderación concreta en cada caso.

Esta comprobación, absolutamente elemental hoy en el marco de un orden constitucional democrático, desvela la distorsión padecida hasta ahora por la institución de la tutela judicial cautelar o preventiva por la sublimación al plano formal del juego de la contraposición de la prerrogativa pública (ambas autotutelas en confusión) y la posición privada de la cuestión de fondo verdaderamente decisoria e inevitablemente implicada de la contraposición de intereses sustantivos a resolver mediante su adecuada, aunque provisional, ponderación.

Consecuente con todo ello:

1º) El conflicto entre el poder público-las posiciones privadas no puede contemplarse ni abordarse desde la hipótesis de la práctica identidad de las dos autotutelas administrativas y en el plano formal de la contraposición de la prerrogativa pública y la posición activa del ciudadano.

2º) Dicho conflicto, como tampoco, por tanto, la tutela judicial cautelar, no puede resolverse simplistamente sobre la base de la regla general de la primacía formal del poder público sobre el privado.

3º) La tutela judicial cautelar no puede continuar reducida a la figura de la suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos, sencillamente por decaimiento de su mismo presupuesto con la consecuencia de pérdida sustancial en el ámbito de cobertura de aquélla. Sobre ello, la economía y el juego de la técnica suspensiva, al no traer causa exclusiva ni principal de las características formales de la prerrogativa

pública, deben ser susceptibles de las modulaciones y adaptaciones que exijan la materia concreta de que se trate, la naturaleza de la acción administrativa y los bienes jurídicos afectados.

Quedan así sentadas las bases del planteamiento de la tutela judicial cautelar tras la Constitución de 1978, que ha de ser necesariamente diverso del aún subsistente, toda vez que debe quedar despejado de cualquier adherencia no técnico-jurídica en la medida en que el punto de partida es ahora sin duda el de un poder público legítimo, cuya actuación está positivamente vinculada a un sistema de valores constitucionalmente establecido. No se trata, y ello conviene destacarlo, de cuestionar el poder público y sus prerrogativas sino de redefinir —incluso potenciándolos— su posición en el orden constitucional. El enfoque correcto queda definido con toda precisión en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 1984: aunque el art. 24.1. de la Constitución imponga una reinterpretación del control judicial de la Administración, no pone en cuestión (ni siquiera para el Derecho Administrativo sancionador) la potestad de ejecución de oficio de los propios actos unilaterales de la misma; a la tutela judicial constitucionalmente exigida le basta con la posibilidad real del control judicial de la acción administrativa, incluida la de la ejecución, siempre que se garantice la valoración de los intereses comprometidos por la ejecutividad o por la suspensión de la misma. También la mejor jurisprudencia contencioso-administrativa ha visto con claridad el problema: el Auto de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1984 (R.A. 3151) afirma que el principio de la ejecutividad de los actos administrativos y, por tanto, la regulación legal vigente sobre su suspensión preventiva no son incompatibles con la Constitución (en concreto el artículo 24.1. de ésta), precisando que la técnica suspensiva continúa teniendo carácter de excepción a aquel principio "...puesto que éste, como otros, no son privilegios, en el sentido heredado de períodos históricos felizmente fenecidos sino técnicas instrumentadas para el debido funcionamiento de los servicios públicos y la mejor defensa de los intereses colectivos de la sociedad".

III. LA TÉCNICA DE LA SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. *La situación actual*

El Derecho español continúa aún haciendo descansar la tutela judicial cautelar sobre la técnica de la suspensión. La causa se sitúa en los principios (consagrados en el artículo 33 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, primero, y en los artículos 44 y 45 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, inmediatamente después) de presunción de legitimidad y de eficacia y ejecutividad inmediatas de los actos administrativos (de los que resulta la práctica confusión, ya señalada, entre validez y fuerza obligatoria y ejecución forzosa) y sus lógicas consecuencias de no suspensión de dichas eficacia y ejecutividad por la mera impugnación de los mismos en vía administrativa o judicial (artículos 34 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 116 de la

Ley de Procedimiento Administrativo y 122 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956).

La suspensión se configura como un remedio frente a la secuencia acto imperativo-ejecución unilateral alcanzable sólo previa petición expresa (en vía administrativa y/o en la judicial) en los supuestos de imposible o difícil reparación de los daños y perjuicios que se seguirían de la ejecución o (tras la Ley 164/1963, de 2 de diciembre, de reforma de la de Procedimiento Administrativo) nulidad del acto administrativo (arts. 34 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 116 de la de Procedimiento Administrativo y 122 de la de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Este es el sistema general determinante de la tutela judicial preventiva. Su interpretación y aplicación reales son obra de la jurisprudencia; obra que puede sintetizarse así:

a) Principios que inspiran la institución:

—Presunción de veracidad y legitimidad de los actos administrativos, sólo destructible por Sentencia judicial firme.

—La regla general debe ser la de no entorpecimiento de la acción administrativa en perjuicio de los intereses públicos.

—La obligatoriedad y ejecutividad de los actos sólo ceden (aparte el supuesto de suspensión por la propia Administración) ante una actuación judicial sobre la base del artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; actuación que es pertinente cuando, además de darse los supuestos previstos en dicho precepto, no se produzca grave quebranto de los intereses públicos (pues en este último caso éstos deben prevalecer, por su prioridad sobre los privados).

Autos del Tribunal Supremo, entre otros, de 17 de mayo de 1963 (R.A. 3179), 21 de noviembre de 1975 (R.A. 4931), de 3 de junio de 1976 (R.A. 3092), 10 de marzo de 1980 (R.A. 832), 23 de abril de 1982 (R.A. 2436) y 10 de marzo, 9 de abril, 28 de mayo y 16 de julio de 1984 (R.A. 2505, 2561, 3137, 3143 y 4236, respectivamente).

b) Características de la institución:

—Constituye una excepción a la regla general de la ejecución de los actos y es, por tanto, una medida extraordinaria o de carácter excepcional, que debe —consecuentemente— ser aplicada restrictivamente.

—Es una facultad del Tribunal, que la ejercita según su apreciación del supuesto de que se trate.

—La carga de la prueba de la pertinencia de la medida incumbe a quien pide la suspensión.

Autos, todos de 1984 y de las Salas 3ª y 4ª del Tribunal Supremo, de 17 de enero (R.A. 127), 21 de marzo (R.A. 1339), 2 y 9 de abril (R.A. 4063 y 2561) y 14 y 16 de julio (R.A. 4101 y 4384).

- c) Acreditación de los supuestos de imposibilidad o dificultad de reparación de los daños y perjuicios:

La acreditación de tales supuestos debe hacerse en función de cualquiera de las dos siguientes circunstancias:

—La naturaleza misma del acuerdo o acto administrativos.

—Hechos o circunstancias que, dándose en el caso concreto, sean suficientemente demostrativos.

Autos de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, entre otros muchos, de 26 (2) y 23 de marzo de 1984 (R.A. 2530, 2531 y 2540).

- d) Forma de la acreditación:

1. Cuando se funde en la naturaleza del acto:

—Algunos actos, por definición, determinan siempre el supuesto de suspensión, cual sucede con las órdenes de demolición de edificaciones (Auto de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1984; R.A. 420).

—Siempre que el acto, de ejecutarse, hiciera desaparecer o cambiar la situación de hecho del bien en función de la cual se hubiera deducido una concreta pretensión a la Administración, cual sucede con la orden de realización de obras en edificación cuya declaración en estado de ruina se había previamente solicitado (Auto de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1984; R.A. 1993).

—Si resulta notoriamente de las circunstancias del caso; así en el supuesto de una orden de cambio de nombre de especialidades farmacéuticas (Auto de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1984; R.A. 4083) o de un acuerdo municipal de ampliación en diez el número de licencias de auto-taxis (Auto de la misma Sala 4ª de 28 de febrero de 1984; R.A. 1093).

2. Cuando se pretende justificar en los hechos o circunstancias del caso:

—Es insuficiente la simple invocación formal del daño o perjuicio, la mera formulación de alegaciones genéricas, la aportación de datos inconcretos, así como el establecimiento de simples conjeturas, posibilidades o eventualidades.

—Si bien pudiera llegar a bastar la “inferencia razonable” del daño o perjuicio, se requiere como regla general un razonamiento suficientemente fundado en la previsibilidad de daños o perjuicios de las características legales, una adecuada determinación cualitativa y cuantitativa permisiva de la ponderación lógica y según criterios de la recta razón sobre la procedencia o improcedencia de excepcionar el principio de la ejecutividad. En algún caso se ha llegado a exigir la “cumplida prueba” de las circunstancias que justifiquen la suspensión.

Autos de las Salas 3ª y 4ª del Tribunal Supremo de 2 y 10 de abril, 19 de junio y 14 de julio de 1984 (R.A. 4063, 1990, 3639 y 4384, respectivamente).

e) Los requisitos de imposibilidad o dificultad de la reparación:

1. En general:

—La presunción legal juega en favor de la posibilidad y la facilidad de la reparación de los daños y perjuicios si éstos son de orden económico, interpretándose muy extensivamente esta categoría de daños y perjuicios.

—Se establece una estrecha vinculación entre indemnizabilidad (económica) y solvencia de la Administración Pública; solvencia que se afirma por principio.

Autos de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 9 y 10 de abril de 1984, 12 de julio de 1984, 19 de febrero de 1985 y 5 de julio de 1985 (R.A. 2561, 1990, 4095, 1180 y 3977, respectivamente).

2. Criterio de la reparación:

—Existe dificultad en la reparación cuando se da una dificultad específica de valoración de los daños o perjuicios. En todo caso esa dificultad concurre cuando se trata de órdenes de destrucción del bien (demolición de edificio) o de alteración sustancial del mismo (ejecución de obras).

—Es improcedente la confusión entre dificultad de la reparación y dificultad de la fijación de la cuantía de ésta.

—Los problemas de orden presupuestario de la Administración no pueden equipararse sin más a la dificultad de la reparación a efectos del juego de la suspensión.

—La susceptibilidad de evaluación económica de los daños y perjuicios no supone de suyo exclusión de la dificultad en la reparación.

Autos de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1984, 9, 10 y 11 de abril de 1984, 12 de julio de 1984, 10 de octubre de 1984, 20 de noviembre de 1984, 11 de diciembre de 1984 y 19 de febrero y 5 de julio de 1985 (R.A. 1093, 2561, 1990, 1993, 4095, 5646, 5669, 420, 1180 y 3977, respectivamente).

En todo caso, esta jurisprudencia recaída sobre la regulación general de la técnica de la suspensión, nunca ha perdido de vista la economía básica de dicha regulación, dejando claro que:

1. Ha de ser aplicada conforme a su espíritu y finalidad, que (según la interpretación auténtica que se contiene en la Exposición de Motivos de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) están centrados en el grado de exigencia con la que, en cada caso, demande el interés público material la ejecución del acto.
2. Por tanto, la aplicación de la institución ha de tener lugar sobre la base de una ponderación —en atención a la ejecución— de los intereses públicos y privados en presencia; ponderación que, no obstante, en algún caso se afirma que está condicionada por la regla formal de la primacía del interés público.

(Autos de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 17 de enero (23 de mayo y 12 de julio de 1984 y 19 de febrero de 1985; R.A. 127, 3129, 4095 y 1180, respectivamente).

En definitiva, esta lógica institucional compleja aparece perfectamente resumida en el Auto de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1984 (R.A. 5646), para el que

“...cuando se suscite esta cuestión (no parece superfluo que) se contemple debidamente, y antes que la circunstancia de la irreparabilidad de los potenciales daños o de la dificultad de su resarcimiento, la propia *ratio essendi* de la regla general a la que la posibilidad de acordar la suspensión excepciona, ya que entonces podrá concluirse no sólo que el juego de ambos términos tiene su marco adecuado en la misma virtualidad del binomio “prerrogativa de la Administración-garantía del administrado” del que aquéllos es mera traducción concreta y a cuyo equilibrio y estabilidad tiende inmanentemente el Estado de Derecho, sino también que, en definitiva, y puesto que la causa inspiradora y eficiente del privilegio de la inmediata ejecutividad es, en último término, el interés público, a este principalísimo y fundamental dato, a la medida en que pueda resultar comprometido y a la trascendencia e influencia de la misma en la ecuación de los valores jurídicos en presencia debe remitirse el juicio que sobre la procedencia o improcedencia de la suspensión ha que adoptarse en cada supuesto”.

Este régimen general de la técnica suspensiva convive con regulaciones especiales establecidas por razón de la materia (así, el artículo 22.3. de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 establece el efecto suspensivo automático del recurso contra el acuerdo de necesidad de ocupación de los bienes) y sufre, en todo caso, modulaciones en su aplicación por la jurisprudencia. Un repaso somero de ésta permite ofrecer el siguiente cuadro:

—Disposiciones generales.

La naturaleza normativa del acto —tanto más cuando su impugnación se produce por otra Administración— conduce a la estimación de la suspensión sobre la base de la notoriedad de los trastornos y de la generalidad e imposibilidad de la valoración de los daños que podrían seguirse de su ejecución (Auto de 27 de abril de 1984, R.A. 2852).

—Relaciones interadministrativas.

La impugnación de un acto por Administración distinta supone una diferente valoración, pues la contradicción se da entre dos intereses públicos. En todo caso, la suspensión obtenida por la Administración impugnante no puede sujetarse a caución, justamente por la condición de Administración pública del accionante (Auto de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1984, R.A. 3866).

—Derecho de la organización.

En la medida en que las decisiones sobre la organización administrativa dan lugar a unidades productoras de actos administrativos, la inmediata ejecución de las mismas se considera trascendente y susceptible de producir (en el supuesto de la ulterior anu-

lación de las mismas) perjuicios de muy difícil reparación por la imposibilidad de reponer las cosas a su estado primitivo, mientras que su suspensión se considera que no ocasiona graves trastornos ni al interés público ni al privado (Auto de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1984, R.A. 4549).

—Derecho tributario.

La naturaleza de la materia motiva a la jurisprudencia al desarrollo de criterios de restricción absoluta del juego de la suspensión. De ahí que la regla sea la indemnizabilidad del posible daño y perjuicio por razón del contenido económico de los actos, con la consecuente improcedencia de su suspensión (por todos, el Auto de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1984; R.A. 3129). Para la aplicación de la técnica suspensiva se requiere la alegación fundada de graves dificultades económicas que hagan altamente onerosa la satisfacción de la deuda tributaria e, incluso, la acreditación de una situación de verdadera insolvencia (Autos de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 2 de abril y 1 de octubre de 1984; R.A. 4063 y 4721).

—Derecho sancionador.

También aquí, por razón de las características de la materia, las soluciones son más matizadas. La doctrina general puede cifrarse en la apreciación de que la dificultad de la reparación del daño o perjuicio no depende (en las multas, que son las sanciones administrativas por excelencia) del hecho del pago, estando más bien en relación al valor que proceda atribuir al esfuerzo o perjuicio derivados del obligado desembolso anticipado en función de la solvencia económica del sancionado (Auto de la Sala 4ª de 16 de abril de 1984; R.A. 2000). No obstante, de ordinario se entiende que de la ejecución de multas no se derivan daños o perjuicios susceptibles de justificar la medida suspensiva e, incluso, que para que ésta proceda es preciso acreditar la imposibilidad económica de satisfacer dichas multas (Autos de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, ambos de 17 de enero de 1984; R.A. 128 y 131). Por contra, en el caso de sanciones de suspensión o clausura o cierre temporal de actividades lícitas su ejecución suele entenderse productora de daños y perjuicios de cuando menos difícil reparación (Autos de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, de 14 de marzo, 23 de mayo y 18 de julio de 1984; R.A. 1329, 3142 y 4386).

—Derecho disciplinario.

En este campo, la jurisprudencia ha sufrido una gran evolución como consecuencia del impacto de la Constitución y de la legislación sobre garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales. A partir de dos importantes Sentencias de la Sala 5ª del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1982 (R.A. 4428 y 4442), se ha decantado por la regla de la improcedencia de la ejecución de las sanciones disciplinarias hasta la firmeza de las mismas, sobre la base del doble argumento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1. de la Constitución) y de la aplicación extensiva al Derecho sancionador administrativo, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de los principios del orden penal sentados en el artículo 25 de la Constitución. La línea así emprendida se ha afianzado en posteriores resoluciones (Senten-

cias del Tribunal Supremo, todas de 1985, de 20 de febrero —Sala 3ª, 13 de mayo; Sala 5ª; y 20 de junio, Sala 3ª; y Auto de la Sala 3ª de 20 de junio; R.A. 498, 2297, 3245 y 3850, respectivamente).

La evolución o transformación más importante de la técnica suspensiva es imputable, sin embargo, al legislador postconstitucional, quien, sin afrontar la reforma general de la institución, está procediendo a su retoque continuo por la vía de las regulaciones especiales materia por materia; regulaciones, además, cuyo impacto sobre la institución es diverso en función del alcance de cada una de las leyes en las que dichas regulaciones se recogen. Estas especialidades se han producido hasta ahora en el campo de la protección de los derechos fundamentales (artículo 7 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de dichos derechos), el Derecho sancionador y disciplinario (artículos 44.3. de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y 44 de la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial), el Derecho tributario (artículo 80.2. del Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo), el conflicto constitucional de competencias entre las Administraciones del Estado y las de las Comunidades Autónomas (artículo 64.2. de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional), la impugnación de actos de las Corporaciones Locales por las Administraciones superiores (art. 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local y el Derecho disciplinario de los funcionarios policiales o del servicio público de seguridad ciudadana (arts. 8.3. y 28.4. de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, sobre Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. La mayor incidencia sobre la institución estudiada la ha producido, sin duda, la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, por la amplitud del campo que cubre su regulación especial; campo que abarca todos los supuestos de implicación de un derecho fundamental sustantivo cualquiera que sea la legislación aplicada por la Administración, así como los derivados de la invocación legítima del derecho general a la tutela judicial efectiva, capaz de proyectarse sobre cualquier actuación administrativa. Por ello, puede decirse que la regulación especial de dicha Ley es, hoy, prácticamente una regulación general alternativa de la técnica de la suspensión. De hecho, en ella se contiene ya los elementos que deberían integrar el nuevo y definitivo régimen ordinario de la misma.

En cualquier caso, el efecto combinado de la búsqueda por la jurisprudencia de las soluciones más adecuadas y la introducción por vía legislativa de las aludidas regulaciones especiales (con repercusión de éstas, a su vez, sobre la jurisprudencia, sin que ésta encuentre en el ordenamiento una orientación global sobre la institución) está siendo una cierta confusión e inseguridad en el manejo y aplicación de ésta, productores de un evidente quebranto de su economía, medida a la luz del sistema constitucional de valores. Ejemplo bien ilustrativo es el de las sanciones disciplinarias, ámbito en el que juega, desde luego, el derecho a la tutela judicial efectiva, pero indudablemente matizado por el estatuto funcional (al que el funcionario queda sujeto por un acto enteramente voluntario) y la exigencia constitucional de eficacia de la Administración. En este ámbito, la jurisprudencia, con acierto, ha extraído todas las consecuencias de aquel derecho fundamental, pero sin poder incorporar a la solución así obtenida los elementos correctores y complementarios necesarios para evitar una in-

justificada pérdida (siquiera sea provisional) de funcionalidad en la Administración (elementos correctores que sí juegan, con idéntico carácter cautelar, en el orden penal). La causa radica en la ausencia de capacidad reactiva suficiente del legislador, ante la multiplicidad y diversidad de los requerimientos de innovación de la evolución del ordenamiento tras la Constitución.

La falta de una reconsideración legislativa de la institución analizada está conduciendo, en definitiva, a una excesiva sobrecarga de la vigente regulación de ésta, de suerte que es apreciable un significativo e indebido protagonismo del juez, forzado a decidir en vía de tutela cautelar sin pronunciamiento previo de la Administración (no sustituible válidamente por las alegaciones del Letrado del Estado, que nunca podrán equipararse a una ponderación por la organización de las necesidades del servicio público o del interés general). Parece claro que la oportunidad en la tutela preventiva de los bienes litigiosos (tutela, por cierto, cuya evolución debería por lo menos acompañarse a la de la definitiva, sin que parezca tan perentoria la adecuación del proceso contencioso-administrativo a las exigencias de la tutela judicial efectiva) no justifica la quiebra del principio del carácter revisor del control judicial. Aquí justamente este principio encuentra hoy la justificación material atendible de la necesidad de que la Administración pondere explícitamente la repercusión para el interés público de la eventual medida cautelar; ponderación que, como queda dicho, no puede ser sustituida por un trámite procesal de alegaciones, ni ser efectuada adecuadamente por el propio juez. El resultado es una situación insatisfactoria en la que no existe garantía sobre el punto esencial de la institución: la valoración, conforme al orden constitucional, de los intereses en conflicto con vistas a su protección, si procede.

2. *Las líneas básicas de la necesaria nueva regulación de la figura*

Es indudable que el perfeccionamiento obligado de la técnica de la suspensión se sitúa en la línea avanzada, desde la óptica de las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, si bien llevándola a sus últimas consecuencias, conforme ya he señalado en otra ocasión⁷. Sin embargo, la nueva regulación debe descansar en la idea de que dicha técnica es un instrumento al servicio de la protección provisional de los bienes jurídicos litigiosos en tanto se resuelve definitivamente el contencioso judicial que sobre ellos pende y, por tanto, al servicio de la plenitud de la tutela judicial efectiva, que es por sí misma siempre un derecho fundamental. Consecuentemente, el régimen jurídico de la suspensión debe ser, en la mayor medida posible, independiente de la naturaleza y entidad del bien jurídico discutido; características de éste, cuya trascendencia se manifiesta fundamentalmente no tanto en el plano de dicho régimen, cuanto en el de la ponderación concreta en orden al otorgamiento o no de la protección cautelar. En todo caso, tales características podrán dar lugar a especialidades procedimentales (desde los principios de preferencia y sumariedad sentados por el artículo 53.2. de la Constitución), pero no necesariamente en la economía de la suspensión.

7. Véase mi obra *Estado social y Administración Pública...*, ya citada, pp. 290 y ss.

El régimen jurídico de ésta habría, pues, de responder a las siguientes ideas fundamentales:

a) La suspensión no es la técnica, sino tan sólo una (si se quiere capital) de las técnicas de la tutela judicial cautelar o preventiva en el contencioso-administrativo. La diversidad de las formas actuales del actuar administrativo impone, en efecto, la habilitación al juez con facultades más amplias y distintas de la suspensiva y la articulación consecuente de ésta en un sistema que le trascienda, en calidad de instrumentos de protección judicial preventiva frente a los actos unilaterales de intervención positiva requerentes o susceptibles de ejecución forzosa.

El sistema de tutela judicial cautelar ha de partir, así, en su conjunto de la diferenciación entre fuerza de obligar intrínseca a los actos unilaterales por su sola decisión (fuerza de obligar que será diversa en función de la regulación legal de la que los actos traigan causa y de los bienes a los que afecten) y ejecución forzosa de dichos actos (procedente sólo en aquellos supuestos en que la naturaleza del acto lo requiera). Esta diferenciación permite, en efecto, abandonar la confusión actual entre las dos autotutelas administrativas y la regla de la ejecutividad indiscriminada de los actos, incluso de los imperativos.

Quedaría abierta la puerta, de esta forma, al establecimiento de una regla inversa a la actual: los actos administrativos son ejecutivos cuando así motivadamente se decida por la Administración y, en todo caso, lo disponga la Ley. La imposición de un pronunciamiento administrativo separado sobre la ejecución y sus términos a la vista de la situación concreta posibilitaría la recuperación del carácter revisor del control judicial en el ámbito de la tutela cautelar. Dicho de otro modo, despejaría la sobrecarga que pesa actualmente sobre el juez, situándolo en su verdadera posición y permitiéndole tener a la vista elementos de juicio adecuados sobre las exigencias, en el caso, del interés público.

El reconocimiento a la impugnación, administrativa y jurisdiccional, del efecto suspensivo de los actos constituye el complemento necesario de la regla anterior. El efecto suspensivo general de los recursos representa, en todo caso y también, una alternativa válida y suficiente a dicha regla, de suerte que, de asumirse efectivamente, permitiría prescindir en efecto de la misma.

b) La suspensión no es, ni puede ser, un mecanismo de equilibrio provisional entre poderes jurídicos formalmente considerados, sino entre intereses públicos y/o privados reconocidos por el ordenamiento jurídico y actuados a través de dichos poderes. La perspectiva correcta, pues, es la de la ponderación material de dichos intereses desde el sistema constitucional de valores tal como haya sido precisado válidamente por el legislador ordinario y a la vista de las circunstancias del caso concreto.

c) La ordenación jurídica de la suspensión debe resolver satisfactoriamente la doble tensión dialéctica entre régimen general —regímenes especiales, de una parte, y, dentro de cada uno de éstos en su caso, entre regla general, excepción a la misma, de otra— en tanto que dicha doble tensión es inmanente en la economía misma de la institución.

El régimen general debe pretender abarcar el mayor campo posible, relegando las especialidades a los supuestos verdaderamente justificados. Al propio tiempo, y

como contrapartida, ha de tener una estructura lo suficientemente flexible como para permitir amplio margen a la ponderación y, por tanto, soluciones acomodadas a las circunstancias del supuesto concreto. Los regímenes especiales comienzan en el momento del agotamiento de la solución general, a partir de la justificación de la insuficiencia o inadecuación de la misma por exigencias radicales de la materia de que se trate en función de los bienes jurídicos a los que afecta.

d) En el régimen general, la regla debe ser la suspensión y la excepción el alzamiento de la misma, es decir, la ejecución.

En principio, procede la previsión de soluciones especiales —alteradoras de dicha economía— en las siguientes materias:

—En el Derecho sancionador, en general y no sólo en el disciplinario, por razón de la implicación en él del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y de la aplicabilidad al mismo (al ser una manifestación más del poder punitivo del Estado) de los principios informantes del orden penal.

La especialidad radicaría en el reforzamiento de la regla general de la suspensión hasta convertirla en inejecutabilidad del acto sancionador hasta la firmeza del mismo. Desaparecida así la posibilidad de excepción (ejecución de la sanción en sus propios términos pendiente el juicio judicial definitivo), la contrapartida a dicha regla habría de ser en el ámbito administrativo, al igual que en el penal (por congruencia, ya que en aquél se da también la exigencia del interés público de la efectividad inmediata de medidas sobre el acusado), la posibilidad de la ejecución de medidas preventivas o cautelares reequilibradoras en beneficio de dicho interés público. Esta contrapartida, en la actualidad prácticamente inexistente ⁸, es especialmente importante, como he destacado ya en otro lugar ⁹, en el Derecho disciplinario, pues en otro caso acabaría consagrándose en el mismo una incorrecta ponderación constitucional de los bienes en presencia, por excesiva valoración del derecho a la tutela judicial efectiva en detrimento del estatuto de la función pública y la eficacia de la Administración, en los que está implicado el principio de Estado social. Está jugando aquí un malentendido, que —como para el Derecho de Alemania Federal ha puesto de relieve W. Wiese ¹⁰— surge del principio aceptado del goce por los funcionarios de la totalidad de los derechos fundamentales. Esta afirmación no significa, sin embargo, que las modulaciones que al ejercicio de éstos imponga el estatuto funcional supongan sin más restricciones o limitaciones indebidas de dichos derechos. El funcionario accede libremente al *status* funcional y, por tanto, por acto voluntario asume las consecuencias que se derivan para el ejercicio de sus derechos de tal *status*. Otra cosa significaría aceptar el absurdo de que el ingreso en la función pública se hace sólo *sub conditione* de beneficio pero no de perjuicio, al igual que —en otros planos— equivaldría a admitir que el ejercicio

8. La reciente Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, motivada indudablemente por las necesidades específicas del servicio público de seguridad ciudadana y de la disciplina funcional en su seno, se ocupa, sin embargo, de las medidas cautelares pendientes del proceso judicial, disponiendo en su artículo 8.3. que "Las medidas cautelares que puedan adoptarse en estos supuestos (sujeción a expediente gubernativo o disciplinario de funcionarios) podrán prolongarse hasta que recaiga resolución definitiva en el procedimiento judicial, salvo en cuanto a la suspensión de sueldo en que se estará a lo dispuesto en la legislación general de funcionarios".

9. En mi obra *Estado social y Administración Pública...*, ya citada, p. 294.

10. W. WIESE, *Beamtenrecht*, Ed. Carl Heymanns Verlag KG, Colonia 1982, 2ª ed., pp. 23 y ss.

de la libertad de contratar o de contraer matrimonio no produciría el efecto de quedar vinculado por el contrato o el matrimonio, conservando la libertad para contraer las mismas obligaciones o la propia del soltero. En definitiva, el estatuto funcional debe suponer y desde luego supone la procedencia de la modulación, siquiera sea cautelar, del derecho a no sufrir más que la ejecución de una sanción firme.

—En los Derechos tributarios, de la seguridad pública y de las situaciones de excepción, formalizadas o no, la economía de la institución debe sufrir también alteración, esta vez en sentido inverso al precedente.

La enumeración de los sectores demandantes de un tratamiento especial está hecha de menor a mayor exigencia en este orden. La especificidad del interés público en el supuesto de actos de liquidación de tributos y cargas públicas en general no precisa ser razonada; el hecho de que la Constitución (artículo 31) entienda preciso consignar expresamente el deber de todos los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica es de por sí suficientemente elocuente, incluso en el sentido de la peculiaridad de la posición privada frente a la acción tributaria pública. Esta especificidad del Derecho tributario, cuya objetividad resulta de su existencia en Derecho comparado, justifica una especialidad de régimen en el sentido de la flexibilización de la excepción a la regla de la suspensión por virtud de la impugnación.

Los estados de excepción o necesidad, formalizados (los de alarma, excepción y sitio regulados en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio), no formalizados (los previstos en el artículo 17 de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 y el artículo 21.1, j) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local) y derivados de la suspensión de derechos a determinadas personas (contemplados en la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre), significan por sí mismos —sobre la base de las circunstancias extraordinarias de hecho que los motivan— una subversión del orden normal, que inevitablemente tiene que repercutir en la institución analizada en los términos que para cada caso se establezca, pero en el sentido general de la ejecutividad de los actos de la Administración sin perjuicio de su suspensión por el juez.

Finalmente, la peculiaridad de la seguridad pública radica en que, en ella, la acción de la Administración puede exigir inexcusablemente —en beneficio del orden y la paz públicos— órdenes requirentes de inmediato cumplimiento y, por tanto, de ejecución forzosa o coactiva inaplazable. La integridad de aquellos bienes públicos y el peligro que corre en caso de mora en su satisfacción fundamentan igualmente la especialidad consistente en la ejecución como regla, sin perjuicio de la posibilidad de la suspensión administrativa o judicial de la misma.

—El Derecho de la organización y de las relaciones entre las Administraciones públicas plantea el problema en términos sustancialmente diferentes.

En la disposición de la Administración Pública sobre su propia organización está implicado primariamente el interés público y, específicamente, el principio constitucional de eficacia en la acción administrativa, que traduce —en este plano— el más elevado de Estado social. Ciertamente que las decisiones organizativas extravasan la llamada esfera interna para afectar a los administrados, pero ello no enerva la afirmación anterior, que puede otorgar fundamento bastante a la inversión de la economía general de

la tutela judicial preventiva. La razón última es bien evidente: son de diferente magnitud los trastornos que para el interés público y el privado pueden resultar normalmente de la suspensión de medidas organizativas.

Mucha mayor peculiaridad presentan las relaciones entre las Administraciones públicas, sencillamente porque en ellas el conflicto y la contraposición tienen lugar exclusivamente entre intereses públicos diversos, sobre todo cuando se trata de Administraciones territoriales cuya articulación debe producirse en función del principio de autonomía. En este supuesto, es claro que la economía de la institución de la tutela judicial preventiva debe ser específica.

No ha sido preciso aclarar, dada su obviedad, que lo hasta aquí dicho vale únicamente para los actos en sentido estricto y no para las disposiciones administrativas de carácter general. La aplicación de la técnica de suspensión preventiva a las normas administrativas requiere un tratamiento peculiar conforme con la naturaleza de éstas. Pues la suspensión tiene un alcance mayor y distinto en el caso de normas que en el de simples actos. La trascendencia general, aunque temporal, de la medida cautelar y el cuestionamiento no ya de la pertinencia de la ejecución de una previa decisión en un asunto concreto, sino de la vigencia efectiva de una disposición, abogan sin más por la reducción de la suspensión a la categoría de excepción. Ciertamente que la solución no debe ser única, procediendo distinguir entre las distintas clases de Reglamentos y, fundamentalmente, entre los independientes y los ejecutivos, de un lado, y los que precisan para su cumplimiento de actos aplicativos y los que deben ser cumplidos directamente —sin tal requisito— por los particulares, de otro. La primera distinción, conduce a postular la solución más restrictiva en orden a la posibilidad de suspensión para los Reglamentos ejecutivos, toda vez que dicha suspensión afecta, a través de éstos, a la efectividad de la Ley formal objeto de desarrollo y ejecución. La segunda clasificación permite matizar, en tanto que sólo para los Reglamentos cuyo cumplimiento no requiera la intermediación de un acto resulta perentoria la aplicación de la técnica cautelar.

IV. LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN ORDEN AL ASEGURAMIENTO DE LOS BIENES LITIGIOSOS, PIEZA INDISPENSABLE DEL SISTEMA DE TUTELA JUDICIAL CAUTELAR

En su momento quedó denunciada la insuficiencia de la técnica de la suspensión para alcanzar hoy una adecuada armonización de los contradictorios requerimientos derivados de la simultánea condición de la Administración como poder público actuante y sujeto justiciable. Dicha técnica deja, en efecto, fuera de su cobertura múltiples supuestos: desde todo el amplio campo de la inactividad administrativa hasta el complejo y frondoso mundo de las formas de actuación administrativa no imperativa, interventoras o limitadoras, pasando por los actos puramente negativos y la variada gama de actos prestacionales o de fomento sujetos a condiciones. Para el extenso campo de la intervención administrativa consistente en la sujeción de actos o actividades a previa autorización, la apuntada insuficiencia de la suspensión ha sido puesta de relieve por el Auto de la Sala 3ª de la Audiencia Territorial de Madrid de 18 de no-

viembre de 1982 (tomando pie en un Auto de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1978) al señalar:

“Que la petición... (de suspensión) debe ser desestimada por una razón fundamental, cual es la de que la Sala estima que en el presente caso, y *al ser los actos impugnados actos negativos, no es aplicable el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional*. En efecto, *el mecanismo de la suspensión está dirigido contra aquellos efectos de un acto administrativo que vienen a producir una alteración material en la situación existente, ...; si el acto administrativo no viene a alterar nada, entonces parece claro que nada hay que suspender; y esto es lo que ocurre con los actos negativos, que se limitan a denegar una solución sin producir la alteración material a que antes nos referíamos, y que no cambia nada en la situación existente...*”.

Nótese el radical desenfoque que produce en estos casos la técnica de la suspensión: como no hay efecto positivo alguno susceptible de ser suspendido, no existe necesidad de medida tutelar cautelar. Que ello no es así, justamente en un estadio avanzado del Estado social por la progresión de la intervención social de la Administración, no precisa mayor demostración. Justamente el acto de denegación (amén de la inactividad) puede producir daños y perjuicios tanto o más graves. Basta pensar en las denegaciones de despacho en aduanas de bienes perecederos, las denegaciones de autorización de elevaciones de precios en el régimen de productos con precios intervenidos, las desestimaciones de revisiones de precios (para el restablecimiento del equilibrio económico) en el curso del cumplimiento de contratos administrativos, las desestimaciones del acceso o disfrute de prestaciones de servicios públicos, las denegaciones de reconocimiento de derechos económicos (en particular, de prestaciones sociales por jubilación, invalidez, viudedad, etc...) y, en el inmenso campo de la gestión urbanística, las denegaciones de aprobación de instrumentos de actuaciones urbanísticas o de autorización de edificaciones, así como de recepción de servicios urbanísticos realizados por particulares.

La ausencia, pues, de cualquier otro mecanismo distinto de la suspensión en manos del juez en orden al otorgamiento de la tutela cautelar o preventiva en el ámbito del contencioso-administrativo merece, desde luego, la calificación de verdadera deficiencia en este punto del Derecho positivo español. Esta deficiencia no puede justificarse en un supuesto condicionamiento por los principios del sistema administrativo¹¹, pues el Derecho francés, de cuyos principios trae causa el español, conoce pacíficamente el apoderamiento al juez con facultades más amplias en vía de *constat d'urgence* o de *référé*. El *constat d'urgence* es un procedimiento simple y de alcance limitado, que tiene como único presupuesto la existencia de una situación de urgencia, es decir, que suponga riesgo de producir un daño irreparable (sin exigencia de existencia de un contencioso gubernativo o judicial). Dándose tal presupuesto, el juez queda habilitado para adoptar medidas circunscritas a la comprobación de hechos. Por el contrario,

11. Sobre el estado de la cuestión en los países de las Comunidades Europeas (antes de la integración española y portuguesa), véase M. FROMONT, *La protección provisoire des particuliers contre les décisions administratives dans les Etats Membres des Communautés européennes*, RISA Nº 4/1984, pp. 309 y ss.

el *référé* es un procedimiento más complejo y de mayor alcance, siendo su presupuesto idéntico al de la vía del *constat* (si bien precisado en términos de una cierta formalización de una contienda o litigio entre partes). En trámite contradictorio, pero sumario, abre al juez la posibilidad de establecer tanto medidas de instrucción (formulación de una pericia, por ejemplo) como medidas provisionales o de conservación de los bienes, si bien dichas medidas en ningún caso podrán prejuzgar el fondo del litigio.

En Alemania Federal, el sistema de tutela judicial preventiva se compone, con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn, de la técnica de suspensión complementada por la posibilidad de la adopción de medidas provisionales. La relación entre estas dos piezas se articula calificando a la primera de *lex specialis* (que, por tanto, prevalece, tiene primacía) y reservando la segunda para el campo no cubierto por aquélla. Las medidas se instrumentan, a través de un procedimiento contradictorio y sumario, mediante la llamada *Einstweilige Anordnung* u orden provisional regulada en el 123 de la *Verwaltungsgerichtsordnung* de 21 de enero de 1960. La orden procede en dos supuestos: el de precisión del aseguramiento de derechos en peligro y el de necesidad de establecimiento de una situación o regulación provisional; supuestos que son intercambiables. Presupuesto común indispensable para la adopción de la orden provisional por razón de cualquiera de ellos es una necesidad de protección judicial que no pueda ser satisfecha por medio o procedimiento jurídico más directo y expeditivo (de lo que resulta la exclusión de los casos en que exista un título ejecutivo, una sentencia o un acto administrativo firmes o la simple posibilidad para la Administración de conseguir el objetivo perseguido mediante el dictado de actos administrativos). La orden que obedezca el aseguramiento de los bienes jurídicos en presencia sólo puede producirse cuando se trate de verdaderos derechos subjetivos (sean públicos o privados), mientras que a la de ordenación de una situación provisional basta la existencia de una relación jurídica litigiosa (se entiende por tal, especialmente, las resultantes o derivadas de cualquier *status* jurídico, de la formulación de peticiones o reclamaciones a la Administración y de convenios, contratos o transacciones). El contenido de la orden no aparece prefijado, en ninguno de los dos casos, por la Ley, quedando al prudente arbitrio del órgano judicial, con el único límite de la imposibilidad del otorgamiento a través de la misma de aquello que no pueda conseguirse por vía principal (límite que se descompone en los más concretos siguientes: imposibilidad de adopción de órdenes prohibidas o no autorizadas por la Ley; improcedencia de la sustitución de la Administración, por esta vía, en el ejercicio de facultades discrecionales; prohibición de la emanación directa por el juez de actos administrativos; interdicción de órdenes a terceros ajenos al procedimiento e imposibilidad de prejuzgar la cuestión principal).

Por lo que hace al Derecho español, el ejemplo francés (su modelo básico) demuestra sin más que el apoderamiento al juez con facultades de disposición preventiva sobre la situación de los bienes objeto de contencioso no contradice ni cuestiona los fundamentos del sistema administrativo, y el alemán occidental —en el que las medidas provisionales judiciales se constituyen como una consecuencia obligada del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva; derecho consagrado en términos en todo equivalentes a los de la Constitución española— descubre, además, su condición de

exigencia para la conformidad al orden constitucional y la complitud de dicho sistema. Esta aseveración puede hacerse de forma tanto más concluyente, cuanto que

a) Al Derecho español no le es desconocida la técnica. Junto a otras figuras cautelares que pueden actuarse en el proceso civil, conoce el aseguramiento judicial de los bienes litigiosos (arts. 1419 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y, dentro de la misma y además de la intervención judicial de los mismos, la de adopción por el juez de las medidas necesarias, según las circunstancias, para asegurar en todo caso *la efectividad de la sentencia* que en el juicio correspondiente recayere.

La unidad del poder judicial y, por tanto, de su contenido; la plenitud del sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho, es decir, de su justiciabilidad; y, finalmente, el mayor riesgo que, en su integridad pendiente el proceso, corren los bienes litigiosos en el ámbito administrativo por la dinamicidad propia de su materia y las prerrogativas que puede actuar una de las partes en la relación jurídico-administrativa, abogan claramente en favor de la extensión de la técnica al control judicial de la Administración.

b) Al propio Derecho Administrativo no le es totalmente ajena la idea de la protección cautelar. El artículo 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo contiene, ya desde 1958, aunque ciertamente desde otra perspectiva, una habilitación en favor de la Administración para adoptar las medidas que estime oportunas a fin de "asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer" en el correspondiente procedimiento; medidas que, como han precisado J. González Pérez y Vivancos¹² a la falta de expresa previsión por el propio precepto, pueden establecerse tanto de oficio como a instancia de parte.

Su régimen jurídico es ciertamente flexible, estando determinado exclusivamente por dos reglas básicas: su adopción requiere la existencia de elementos de juicio suficientes (elementos que posibiliten evaluar debidamente la pertinencia y el alcance de las medidas) y su contenido es libremente configurable (al no estar positivamente predeterminado) sin otro límite que la prohibición de producción de perjuicios irreparables a los interesados y de violación de derechos amparados por la Ley (la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de febrero de 1984 ha concretado, tras la Constitución, que la acción ejecutiva de la Administración debe respetar desde luego los derechos fundamentales; el artículo 108 de la Ley de Procedimiento Administrativo contiene similar precisión para el supuesto de la ejecución administrativa de obligaciones personalísimas).

Curiosamente, se trata de una regulación de escasa si no nula vigencia práctica. La razón, aparte la perspectiva específica a la que obedece (el aseguramiento de la actividad administrativa y no la protección provisional de los bienes jurídicos en presencia), no es, sin embargo, difícil de establecer. En los procedimientos dirigidos a un primer pronunciamiento sobre la cuestión de fondo no existe hasta la resolución definitiva intervención administrativa (por acción u omisión) sobre la que puedan articular los interesados una petición de medidas provisionales sin que —de otro la-

12. J. GONZALEZ PEREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid 1977, comentario al artículo indicado; VIVANCOS, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Barcelona 1959, pp. 124 y 125.

do— la Administración tenga de ordinario precisión de adoptar de oficio las mismas y siendo, en otro caso, innecesario acudir a su regulación general, por la disciplina específica que de tales medidas suele contener el ordenamiento sectorial de la materia en que resulten, desde luego, pertinentes (la suspensión provisional del funcionario en el caso del Derecho disciplinario, por ejemplo). Y en los procedimientos incoados por razón de la impugnación de actos (recursos), tales medidas quedan ya circunscritas *ex lege* —como se ha visto ya— a la suspensión de la ejecución de dichos actos.

En verdad, pues, en el ordenamiento positivo preconstitucional español se daban ya los elementos precisos para el desarrollo de una tutela judicial plena, comprensiva de facultades provisionales operativas; elementos que podían haberse actualizado con relativa facilidad sobre la base del carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Dando por supuesta la comprensión en el artículo 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo de la finalidad protectora de los bienes implicados, la tutela provisoria de los mismos por la Administración habría conducido por sí sola a su reconocimiento (vía revisión) en favor de los tribunales. De ahí a la afirmación del apoderamiento de éstos con facultades de tutela cautelar habría mediado sólo un paso. La dificultad insalvable para semejante desarrollo ha radicado, sin duda, en que en el control judicial de la Administración española, no obstante serlo para el amparo de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos por un orden judicial especializado, pesa aún sobremanera la idea sobre la que reposa el sistema francés: la finalidad básica es la del aseguramiento del respeto de la legalidad por la Administración y, por tanto, la concepción objetiva del contencioso-administrativo; concepción ésta que, sumada a la construcción de dicho contencioso sobre el principio impugnatorio, lleva a centrar el control judicial en la figura del acto administrativo y, más concretamente, del acto imperativo y ejecutorio, con la consecuencia de la reducción de la tutela cautelar a la técnica de la suspensión.

No parece, pues, cuestionable que la acomodación al orden constitucional (y, específicamente, a los artículos 24.1. y 117.3. del texto fundamental) del actual régimen de control judicial de la Administración pública deba consistir, en punto a la protección jurídica preventiva, en la incorporación al sistema de las llamadas medidas provisionales, así como tampoco que esa acomodación pueda cumplirse perfectamente sobre el modelo del orden judicial civil y la extensión al contencioso-administrativo de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo (entendido ya como regulación de la protección jurídica provisional de los bienes jurídicos afectados por la actuación administrativa).

La regla de la indispensabilidad de la existencia de elementos de juicio bastantes, de la que este último precepto legal hace depender la posibilidad misma de la válida adopción de las medidas provisionales, arroja luz sobre un rasgo esencial de la tutela cautelar (su condición de instrumento de protección sustantiva, aunque provisional, de los bienes jurídicos objeto de contencioso) y, por tanto, de un riesgo cierto que acecha a la institución: el de distorsión del carácter revisor del control judicial de la Administración y, consecuentemente, del principio de no sustitución de ésta por el juez. Porque en la tutela cautelar, como en la definitiva, este último tiene que pronunciarse sobre las exigencias legítimas del interés público, valorando —en lo que

ahora importa— esas exigencias, en relación a los derechos o intereses privados en conflicto, conforme a la legislación aplicable, manejada e interpretada y aplicada, a su vez, a tenor del orden constitucional. Por su posición institucional, separación radical de la Administración, vinculación al proceso y función dirigida a la justicia del caso concreto, el juez carece por sí mismo del conocimiento adecuado y suficiente de las circunstancias, los problemas y los requerimientos de los distintos servicios públicos, por lo que precisa —para su correcta valoración— de la aportación de los pertinentes elementos de juicio al proceso para su enjuiciamiento independiente y singularizado (que es lo que caracteriza su cometido). Mientras en el juicio definitivo su sustanciación tras la instrucción acabada de un entero procedimiento administrativo asegura dicha aportación (o, al menos, su posibilidad), no sucede otro tanto necesariamente en el cautelar. Así, pues, cuando la Administración no ha tenido ocasión (que será lo normal) de pronunciarse sobre la procedencia de medidas provisionales, los solos mecanismos procesales (audiencia del Letrado del Estado o de quien ostente la representación y defensa de la Administración) no proporcionan un sustitutivo adecuado por razones obvias. De ahí que, para tal supuesto, el otorgamiento de una protección judicial cautelar deba hacerse depender de una audiencia directa —en plazo perentorio— de la Administración titular del servicio o gestora del interés público afectado, como única vía adecuada para una inserción coherente de dicha protección en el sistema del control judicial de la Administración pública (así sucede ya, sólo que para la aplicación de la medida de suspensión, en la regulación establecida por el artículo 7 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona: de la solicitud de suspensión no sólo ha de darse traslado al Ministerio Fiscal y al Letrado del Estado, sino que también "...se requerirá al órgano de que dimane el acto impugnado para que en el plazo de cinco días pueda(n) informar acerca de la solicitud de suspensión").

La actual regulación procesal civil (así como la administrativa) del ámbito de la tutela cautelar se acomoda perfectamente a los requerimientos de esta última en lo contencioso-administrativo: las medidas provisionales necesarias, según las circunstancias, a la efectividad de la sentencia. Permite, en efecto, por su flexibilidad una configuración de la tutela concreta adaptada a las características de cada caso. La mejor técnica para cotar el ámbito de dicha tutela consiste en la fijación por vía negativa de sus límites, tal cual sucede en Derecho comparado. Tales límites, perfectamente identificados ya, por ejemplo, en el Derecho germánico-occidental, se reconducen, en definitiva, a la prohibición del otorgamiento por vía cautelar y, por tanto, con carácter provisional de lo que en ningún caso podría ser concedido con carácter definitivo y en vía principal. El límite específico ya identificado en Derecho español tanto por la Ley de Procedimiento Administrativo (art. 72) como por la jurisprudencia constitucional, de interdicción de toda violación de derechos subjetivos, especialmente los fundamentales, debe, desde luego, asumirse, pero con matizaciones. No es inusual, en efecto, que en una operación administrativa concurren dos o más derechos o intereses privados en situación de conflicto o contradicción (así sucede en el caso de las funciones administrativas llamadas arbitrales y de los actos administrativos con doble efecto, o *Doppelwirkung*). Las medidas provisionales, para ser operativas, tienen pues

forzosamente una incidencia en los derechos o intereses en presencia. La clave de su legitimidad no está, así, en la regla indiscriminada de la interdicción de la violación de los mismos, cuanto en que sean traducción fiel de una correcta ponderación en el doble plano del interés general-interés privado, de un lado, y de los derechos e intereses privados en conflicto, de otro, sobre la base en último término del sistema constitucional de valores.