

Medidas cautelares en lo contencioso administrativo y Constitución. Una propuesta para un debate aún abierto

Juan Antonio Hernández Corchete
Profesor de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—A. LA JUSTICIA CAUTELAR COMO INSTRUMENTO PARA EVITAR QUE LA NECESIDAD DEL PROCESO PARA OBTENER RAZÓN SE CONVIERTA EN UN DAÑO PARA QUIEN TIENE LA RAZÓN.—B. OBJETO DEL TRABAJO.—II. CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA CAUTELAR.—A. LA TUTELA CAUTELAR ES UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE SE ASIENTA EN EL ARTÍCULO 24.1 CE.—B. POSICIÓN MAYORITARIA ACERCA DEL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA CAUTELAR COMO DERECHO FUNDAMENTAL.—B. TESIS PROPUESTA.—1. El artículo 24.1 CE contiene un cierto mandato al legislador.—2. El artículo 24.1 CE no recoge un derecho absoluto.—3. La posición constitucional de la Administración pública. Consecuencias sobre el derecho a la tutela cautelar.—3.1. *La Administración pública sirve los intereses generales.*—3.2. *La Administración pública sirve los intereses generales con objetividad y pleno sometimiento a la ley y al Derecho.*—4. Resumen de la tesis propuesta.—III. OBJECIONES, VENTAJAS Y ARGUMENTOS A MAYOR ABUNDAMIENTO RELATIVOS A LA TESIS PROPUESTA.—A. ACERCA DE LAS PRERROGATIVAS DE DECISIÓN PREVIA Y DE PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD.—B. UNA MEDIDA CAUTELAR PUEDE PARALIZAR ACTUACIONES PÚBLICAS DE GRAN TRASCENDENCIA.—C. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PIERDE INTERÉS EN UTILIZAR LA DURACIÓN DE LOS PROCESOS PARA PERJUDICAR AL ADMINISTRADO QUE TIENE LA RAZÓN.—D. ARGUMENTO A CONTRARIO.—IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

A. LA JUSTICIA CAUTELAR COMO INSTRUMENTO PARA EVITAR QUE LA NECESIDAD DEL PROCESO PARA OBTENER RAZÓN SE CONVIERTA EN UN DAÑO PARA QUIEN TIENE LA RAZÓN

El aumento vertiginoso de la litigiosidad ¹ en los últimos tiempos nos ha abocado a una situación de colapso jurisdiccional que tiene como resultado

¹ Véanse los datos tremendamente ilustrativos que recoge L. MARTÍN REBOLLO en su extraordinaria recopilación de normas administrativas titulada *Leyes Administrativas*, Aranzadi 2000, pp. 1126 y 1127.

indeseado, pero ineludible, que la duración normal del proceso que hay que poner en marcha para disfrutar de un derecho reconocido por la ley haya crecido exponencialmente, hasta límites tales que comienza a ser común que la simple necesidad de seguir el proceso haga inútil la sentencia que finalmente se dicte, la cual, recordemos, *reconoce, no crea*², el derecho reclamado.

Esta situación fáctica tan conocida por todos tiene, por tanto, una consecuencia jurídica que no podemos menos que calificarla de peligrosísima y reconocer que puede dar al traste con todos los logros alcanzados en el camino por construir una más perfecta garantía jurisdiccional de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares.

Para evitar ese resultado se ha atacado la situación fáctica de atasco reorganizando el aparato jurisdiccional³ y se han afinado los instrumentos jurídicos que, sentado que esa negativa realidad no es corregible de repente, y quizá nunca lo sea, atenúan los efectos de la larga duración de los procesos. En este contexto debemos entender que en los últimos quince años se haya trasladado al centro del escenario jurídico, no sólo español sino europeo⁴, el

Aumento provocado, además de por otras razones como la demostrada confianza en los tribunales, por la desaparición de ámbitos exentos de control judicial ligada a la tutela judicial efectiva consagrada por nuestra Constitución de 1978 en el artículo 24.1. En efecto, uno de los efectos desplegados por ese precepto constitucional ha sido la derogación, declarada por el Tribunal Constitucional, de los supuestos de excepción a la revisión jurisdiccional de la actividad administrativa que contenía la antigua LJCA de 1956 en su artículo 40. En esta misma línea una de las batallas fundamentales que se libró en la gestación de la actualmente vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, fue la conducente a negar rotundamente la existencia de ámbitos de actividad de la Administración no controlables por los Tribunales. Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, 3ª edición, Madrid 1997, pp. 269 y ss. y 303 y ss.

No debe olvidarse, también como causa generadora de la acumulación de litigios, la decidida jurisprudencia del TJCE que configura como principio general del Derecho comunitario el deber de los Estados Miembros de remover cualesquiera obstáculos que impidan el pleno acceso a los Tribunales para cuestionar un acto de la autoridad. Cfr. J.L. PIÑAR MAÑAS, «Justicia administrativa y tutela jurisdiccional. Estándares de la Unión Europea», en F. SOSA WAGNER (Coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch 2000, pp. 2292 y 2293.

² Es obvio que no estoy aludiendo a la distinción entre sentencias declarativas y sentencias constitutivas, pues incluso estas últimas cuando determinan el nacimiento de una nueva situación jurídica no hacen sino traducir en lo concreto una norma que ya reconocía ese derecho de un modo genérico.

³ La mayor novedad en este sentido es la previsión por la Ley 29/1998, de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, habiéndose creado 65 en 1998 —RD 1647/1998—, 89 en 1999 —RD 143/1999— y 15 en el 2000 —RD 347/2000.

⁴ La Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 26 de junio de 1985 declaró inconstitucional la limitación de los poderes del juez en sede cautelar a la sola suspensión de los actos recurridos. Por lo que se refiere a la atención, también notable, prestada por otros tribunales constitucionales europeos, por los órganos supremos de la jurisdicción contencioso-administrativa de esos países, cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, 2ª edición, Madrid, 1995, pp. 347 a 349 en notas al pie.

También es una materia que ha suscitado reiteradamente la atención del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *ibidem, passim*, G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «La tutela judicial cautelar en el Derecho Comunitario» en *El Derecho Comunitario y su aplicación judicial*, Madrid 1993, M. BACIGALUPO y J.A. FUENTETAJA PASTOR, «Fumus boni iuris, periculum in mora y equilibrio de intereses como presupuestos de la tutela cautelar comunitaria», en *REDA*, núm 94, 1997

ya viejo principio —formulado en Italia en el primer tercio del siglo⁵—según el cual «la necesidad del proceso para obtener razón no puede convertirse en un daño para quien tiene la razón» del que deriva directamente el derecho a la tutela cautelar.

Estas líneas introductorias tienen como objeto, muy importante dentro de la argumentación que voy a seguir, establecer la filiación jurídica de la tutela cautelar a la que tendremos que acudir para fijar su esencia como figura jurídica, aquello sin lo cual no podemos hablar de tutela cautelar. Y esto es muy útil a mi propósito presente pues me va a aproximar al contenido esencial del derecho a la tutela cautelar como manifestación de la tutela judicial efectiva.

B. OBJETO DEL TRABAJO

No hay duda, por todo lo expuesto anteriormente, de que estamos ante uno de los debates jurídicos de la década. La preocupación doctrinal es grande como lo prueba la multitud de estudios, comentarios y notas varias que han visto la luz. La materia ha sido una de las protagonistas estelares de la citada reforma legislativa de la jurisdicción contencioso-administrativa. Los jueces ordinarios no paran de pronunciarse acerca de peticiones de justicia cautelar. También el Tribunal Constitucional, interpretando los artículos 24, 106 y 117.3 de la Constitución, ha terciado a menudo en esta cuestión.

La presente aportación, lejos de abordar todas las cuestiones que están planteadas, tiene un objeto limitado: reflexionar en torno a las exigencias constitucionales en la materia. Más precisamente, aquí sólo son de interés los condicionantes que derivan del artículo 24.1 CE, esto es, de la protección de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Cabe aún otro planteamiento de la constitucionalidad de la tutela cautelar que no se va a abordar, éste de carácter funcional en tanto que está vinculado a la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado *ex* artículo 117.3 CE⁶.

Aun cuando, como no podía ser de otro modo, se aludirá a sentencias del Tribunal Constitucional, el objetivo prioritario no es revisar lo dicho por él⁷ sino aportar nuevas líneas de discusión sobre un problema que, a mi juicio, dista mucho de estar resuelto como es el de las exigencias consti-

⁵ Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Napoli, s.a, I, pp.146 y ss., en la formulación del principio y CALAMANDREI, *Introduzioni allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 20, en la evolución del principio hacia la garantía de una tutela cautelar.

⁶ Cfr., acerca de las dos vertientes constitucionales de la tutela cautelar, E. GARCÍA LLOVET, «Tutela cautelar y Jurisdicción Contenciosa. Fundamentos constitucionales», en *Repertorio Aranzadi Tribunal Constitucional*, 10 de septiembre de 1998, pp. 295 y 296.

⁷ Este trabajo ya está hecho y de un modo brillante por varios autores. Por todos, M. ORTELLS RAMOS, «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial cautelar en materias no penales (1981-1996)», en *Tribunales de Justicia*, núm. 6, 1997, pp. 623 y ss.

tucionales en materia de medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa ⁸.

II. CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA CAUTELAR

A. LA TUTELA CAUTELAR ES UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE SE ASIENTA EN EL ARTÍCULO 24.1 CE

Este estudio parte de una premisa que, por ser pacífica, no voy a detenerme en justificar mayormente. Este punto de partida es que el derecho a una tutela cautelar es un derecho fundamental y que la sede constitucional en que se asienta es el derecho a la tutela judicial efectiva recogido por el artículo 24.1 de nuestra Constitución. Son muchas las sentencias del Tribunal Constitucional que así lo afirman. Sirva como ejemplo la STC 148/1993, de 29 de abril, que dice que:

«la efectividad que se predica de la tutela jurídica respecto de cualesquiera derechos e intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso».

B. POSICIÓN MAYORITARIA ACERCA DEL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA CAUTELAR COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Es igualmente incontrovertido que el derecho fundamental a la tutela cautelar impone *«que la ejecución pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión»* (STC 66/1984, de 6 de junio).

De esta exigencia se sigue, también de un modo pacífico, que es contrario al contenido esencial de tal derecho que el legislador prohíba de un modo absoluto la suspensión de un acto o norma emanados de una autoridad pública porque, en definitiva, está impidiendo que se pueda plantear ante un juez la ejecutividad de ese acto o norma ⁹.

⁸ Otros aportes recientes son, fuera de la ya clásica batalla emprendida por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *ibidem, passim* y el ya citado trabajo de GARCÍA LLOVET, la nota al ATC 258/1996, de 24 de septiembre, de I. BORRAJO INIESTA en *Tribunales de Justicia*, 1997/1, pp. 124-126, T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, «Las medidas cautelares en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa» en *Tribunales de Justicia*, 1999/8-9, pp. 726 a 729, y, de un modo más tangencial, F.A. CASTILLO BLANCO, «La nueva regulación de las medidas cautelares en la LJCA de 1998», en *Poder Judicial* 52, 1998, pp. 281 y ss., V. GIMENO SENDRA, «El nuevo sistema de medidas cautelares en la LJCA de 1998» en *Libro Homenaje a Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch 2000, pp. 2249 y ss

⁹ *Vid.*, por todas, STC 238/1992, de 17 de diciembre, sobre la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables en tanto que prohibía la suspensión del Decreto de calificación de la finca como mejorable impugnado en vía contencioso-administrativa.

Un amplio sector de la doctrina cree que aquí acaban las exigencias del artículo 24.1 en materia de tutela cautelar. Sostienen que es indiferente al contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva la regla de Derecho que rijan el pronunciamiento del juez. Y sobre la base de esta interpretación restrictiva del artículo 24.1 CE, que deja manos libres al legislador para establecer uno u otro régimen jurídico de medidas cautelares, se ha venido en construir un sistema de tutela cautelar que gira en torno al criterio de la ponderación interés público-interés privado.

Las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a este derecho son siempre tan matizadas en un intento de dar una respuesta adecuada al caso concreto que resulta muy fácil localizar en ellas pasajes que tomados independientemente, desligados del contexto, permitan sostener concepciones más extensas del contenido esencial del derecho a la tutela cautelar *ex* artículo 24¹⁰. Sin embargo, resulta obvio que el sentido general de su jurisprudencia en este punto está en la línea del sector doctrinal mayoritario, esto es, que acoge una interpretación muy limitada de la extensión del contenido constitucional de este derecho. Es lógico pensar que si fuera otro el planteamiento básico del Tribunal Constitucional los jueces y tribunales ordinarios no usarían para fundar sus resoluciones de tutela cautelar de un modo tan constante como ocurre en la actualidad el criterio de la ponderación de intereses.

En resumen, tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias se inclinan en su mayoría por una interpretación restrictiva del contenido constitucionalmente necesario de la tutela cautelar como derecho fundamental. Y ni siquiera extraen todas las consecuencias que en buena lógica se derivan de la posición que propugnan. Me estoy refiriendo, claro está, a que la tesis que informa estas opiniones doctrinales y estos pronunciamientos judiciales ofrece base suficiente para afirmar que el artículo 24.1 de la Constitución ampara un poder general en manos del juez para adoptar la medida cautelar que en cada caso fuese necesaria sin ser aceptable la restricción de estas facultades que supone habilitar al órgano jurisdiccional solamente para suspender la ejecutividad del acto administrativo. En efecto, en los casos en que esta suspensión no tenga eficacia alguna para tutelar cautelarmente la situación jurídica que el particular alega como fundamento de su reclamación negar por completo la posibilidad de que el juez pueda adoptar otro tipo de medida, cualquiera que ésta sea, incluso de contenido positivo, produce en esencia los mismos efectos que impedir que se plantee ante un juez la ejecutividad de un acto o norma, pues en uno y otro caso se elimina de manera absoluta *«la posibilidad... de asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse en el proceso contencioso-administrativo»*, y ello es evidentemente con-

¹⁰ En este trabajo también se recogen ideas expresadas en ocasiones por el Tribunal Constitucional que no pueden conducir a la afirmación de un contenido constitucional de ese derecho más amplio que el que generalmente le viene siendo reconocido, pero no como un fin en sí mismo —como medio de atestiguar que el Tribunal Constitucional acoge la tesis que aquí se sostiene— sino para alejar la sospecha de que lo que se pretende argumentar, aun pudiendo ser muy interesante, no tiene apoyo constitucional.

trario al artículo 24.1 CE «*pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que, por equilibrar y ponderar aquellas prerrogativas, se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva*»¹¹.

C. TESIS PROPUESTA

1. El artículo 24.1 CE contiene un cierto mandato al legislador

No estoy convencido de que esa interpretación limitada del artículo 24.1 CE que hace la mayor parte de la jurisprudencia y la doctrina sea la más acertada. Vislumbro que no es así. En primer lugar, no creo que al artículo 24.1 CE le sea completamente indiferente la regla de Derecho que vincula al órgano judicial a la hora de decidir acerca de la tutela cautelar. Considero que en esa regla de enjuiciamiento hay dos elementos que en cierta medida sí son constitucionalmente preceptivos: a) la extensión de los poderes cautelares del juez en el sentido apuntado en el apartado anterior; b) los criterios que deben valorar los órganos jurisdiccionales para decidir si otorgar o no la medida instada, cuestión ésta que abordaré a continuación.

Entiendo, en definitiva, que el artículo 24.1 CE contiene un cierto mandato al legislador en lo referente a estos criterios. Para definir su amplitud hay que acudir al fundamento constitucional de la tutela cautelar, que no es posible hallar sino en la esencia de la figura. Y es en este momento donde resulta utilísima la alusión *ut supra* a la filiación jurídica de la tutela cautelar. Este instituto, como evidencian sus orígenes, se configura como instrumento para impedir que «*la necesidad del proceso para obtener razón se convierta en un daño para quien tiene la razón*». Es de esencia a la tutela cautelar, por tanto, que toda su regulación esté informada por la idea del aseguramiento de la efectividad de lo que se acabe resolviendo.

En sentido negativo procede concluir que no tiene sentido, es más yo diría que es contrario a su esencia y por ello a su fundamento constitucional, que el legislador, usando de un margen de apreciación que no pretendo negarle, haga depender la adopción o no de la medida solicitada de una circunstancia completamente ajena a si el proceso impide o no la efectividad real de la sentencia. Y esto es precisamente lo que ocurre cuando el legislador fija como criterio de enjuiciamiento en sede cautelar la ponderación de intereses en presencia.

A mi modo de ver, y aquí ya estoy adelantando la segunda parte de mi argumentación, la ponderación de los intereses públicos y privados privilegiando la consecución de aquéllos aun a costa de un cierto sacrificio de éstos tiene inequívoco apoyo constitucional, pero evidentemente su sede en el

¹¹ Ambas citas son de la STC 238/1992 antedicha.

sistema constitucional no es la tutela cautelar *ex* artículo 24.1 CE, sino el principio de eficacia de la actuación de la Administración pública consagrado en el artículo 103.1 CE, que, a su vez, tiene su propia configuración esencial. Dejemos para un momento posterior el desarrollo de esta premisa que por ahora basta con que quede apuntada.

En sentido positivo, la esencia indicada de la tutela cautelar determina que el criterio que fije el legislador para dilucidar si procede la suspensión cautelar de un acto o de una medida debe ser la concurrencia o no en el caso concreto de circunstancias que impidan o dificulten la efectividad real del derecho que en su día reconozca la sentencia ¹². Merece notarse que hasta el momento sólo he hablado de *periculum in mora*; aún no he hecho entrar en juego a la apariencia de buen derecho o, en su formulación clásica, *fumus boni iuris*.

En resumen, el artículo 24.1 CE obliga a que el criterio valorativo que normativamente se establezca para sujetar al juez a la hora de decidir sobre medidas cautelares debe estar integrado por una circunstancia conectada con la efectividad del resultado del proceso y no por un parámetro que no lo esté como es la ponderación de intereses en conflicto. A partir de aquí el derecho a la tutela cautelar es de configuración legal, de modo que el legislador tiene un margen de apreciación, sólo vinculado por el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del artículo 9.3 CE, para definir ese criterio de juicio. En consecuencia, a él le corresponde decidirse por exigir una mayor o menor certidumbre en el riesgo que representa que la duración del proceso frustre el derecho del particular o, incluso, por requerir una mayor o menor apariencia de buen derecho. Y es que el *fumus* tiene una íntima conexión con este peligro, pues cuanto mejor fundada aparezca *prima facie* la pretensión del particular más posibilidades hay de que se concrete el riesgo de venimos hablando.

2. El artículo 24,1 CE no recoge un Derecho absoluto

El artículo 24 de la Constitución se ha revelado como uno de sus pilares fundamentales como lo demuestra el gran volumen de decisiones del Tribunal Constitucional que protagoniza. Pero es sólo eso un pilar de los muchos que contribuyen a sostener la construcción constitucional. Dicho de otro modo, en el sistema constitucional no se puede hablar de derechos o de principios jurídicos absolutos. Todos ellos tienen sus límites que resultan de la convivencia con otros derechos o principios jurídicos que también han merecido la protección privilegiada del constituyente.

¹² Es en este punto muy ilustrativa la STC 66/1984, de 6 de junio, que entiende que el derecho a la tutela judicial efectiva resultaría violado, sin necesidad de acudir a ninguna ponderación de intereses, si la no suspensión implica «para las hipótesis estimatorias del recurso, difíciles fórmulas reintegrativas (o) situaciones irreversibles (o da lugar) de una u otra forma (a) limitaciones carentes de justificación respecto al acceso a la jurisdicción».

En este caso es la posición jurídica especial que nuestra Constitución reconoce a la Administración pública —básicamente en el artículo 103.1 CE— la que va a suponer una seria restricción al derecho fundamental a la tutela cautelar enunciado por el artículo 24.1 CE. Es cierto que el artículo 24.1 CE se encuentra situado dentro de la Constitución en una zona privilegiada mientras que el 103.1 CE está fuera de la misma. También lo es, no obstante, que la preferencia que lleva aparejada esa localización es una muy concreta: la protección adicional a través del recurso de amparo. En otras palabras, no se puede argumentar que, por sí sola, la situación del derecho a la tutela cautelar entre los derechos fundamentales le dé un valor prevalente frente a cualesquiera otras previsiones constitucionales.

3. La posición constitucional de la Administración pública. Consecuencias sobre el derecho a la tutela cautelar

3.1. La Administración pública sirve los intereses generales

En nuestro sistema constitucional el dato que define de un modo más esencial a la Administración pública es que no persigue intereses propios sino que su razón de ser es la persecución de los intereses generales. Cuando se intenta construir la posición jurídica de la Administración pública nunca hay que olvidar que el artículo 103.1 CE se encabeza diciendo que «la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales...». Esta finalidad que preside su actividad es la que justifica las prerrogativas de que la Administración Pública disfruta cuando actúa. Por lo que aquí interesa es la persecución eficaz de los intereses generales —notese que el principio de eficacia de la acción administrativa está consagrado en el mismo artículo 103.1 CE de un modo indisoluble a la afirmación inmediatamente anterior de que esa acción administrativa debe estar destinada a servir con objetividad los intereses generales— la que hace de sostén a las potestades administrativas de autotutela en su vertiente de presunción de legalidad y de ejecutividad de los actos administrativos ¹³.

En consecuencia, el conflicto viene planteado en los siguientes términos: a) los actos administrativos, en tanto que persiguen el cumplimiento de los intereses generales, son ejecutivos y, en muchas ocasiones la eficaz consecución de dichos intereses exige que esa condición no se suspenda por efecto

¹³ En la STC 22/1984, de 17 de febrero, que «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.... el art.103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse el de eficacia «con sometimiento pleno a 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.»

del recurso planteado por un particular que se considere injustamente perjudicado; b) los particulares, cuando consideren que un acto administrativo que le afecte negativamente no es conforme a Derecho y, en consecuencia, le perjudica injustamente, tiene derecho a solicitar la tutela judicial por medio del oportuna recurso y tiene también derecho a que el contenido de la resolución que ponga fin al proceso pueda efectivamente ser ejecutado. Y con este objetivo tiene derecho a instar que durante el proceso se adopten las medidas cautelares adecuadas.

Ambas posiciones jurídicas —la de la Administración Pública y la del particular— tienen evidente apoyo constitucional. Pero las dos no pueden ser protegidas porque son contradictorias. Una de ellas debe ceder y, dada la prevalencia intrínseca de los intereses públicos sobre los privados, serán éstos los sacrificados. En virtud del principio de proporcionalidad, que también vincula constitucionalmente la actuación de los poderes públicos a través de la interdicción de la arbitrariedad proclamada por el artículo 9.3 CE, no se puede aceptar la persecución de un interés general insignificante a costa del extraordinario sacrificio de un interés privado. Por ello, cuando el perjuicio que sufriría el interés particular de no adoptarse la medida cautelar fuese notablemente superior al que resultaría para el interés público en caso de que sí se otorgara dicha medida se invierte la solución del conflicto planteado: se sacrifica el interés público en favor del interés privado que viene satisfecho con la concesión de la medida cautelar¹⁴.

Ésta es la verdadera razón de ser de la tan recurrente en la jurisprudencia ponderación interés público-interés privado. No que sea un parámetro válido constitucionalmente para definir la extensión de la tutela cautelar, sino que es el criterio para resolver el conflicto entre el derecho fundamental a la tutela cautelar y las potestades de autotutela de la Administración pública que se apoyan en la dedicación de éstas al servicio de los intereses generales y en el subsiguiente principio de eficacia que debe presidir sus actuaciones (art. 103 CE).

3.2. La Administración pública sirve los intereses generales con objetividad y pleno sometimiento a la ley y al Derecho

La posición jurídica especial que constitucionalmente se reconoce a la Administración pública tiene un segundo elemento esencial que forma una unidad indisoluble con el anterior. Me refiero a la sujeción de la Administración pública a la ley y al Derecho. Es intuitivo y, en consecuencia, no necesi-

¹⁴ Son muchas las sentencias en las que late este planteamiento. *Vid.*, por todas, la muy reciente STS 72/2000, de 1 de febrero (y la jurisprudencia allí citada), en la que se puede leer «cuando las exigencias de ejecución del interés público presente sean reducidas, bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión y, por el contrario, cuando aquellas exigencias sean de gran intensidad, sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución».

ta mucha argumentación que este sujeto debe perseguir la obtención de los intereses generales con pleno sometimiento al ordenamiento jurídico. Mientras así lo haga disfrutará de las prerrogativas que éste le reconoce y que tienen cobertura constitucional en el artículo 103.1 CE. Y entre ellas está la de autotutela en su vertiente de ejecutividad de sus actos y disposiciones que tiene como corolario, como he expuesto en el epígrafe anterior, que el criterio central en materia de tutela cautelar sea la ponderación de intereses.

Ahora bien, por mucho que una actuación de la Administración pública esté destinada a la consecución del interés general y por muy importante que éste sea, si no se ajusta a los cauces previstos por el Derecho para el ejercicio de las potestades públicas o, aun más claro, si no se ampara en una potestad legalmente atribuida, respecto de ese acto o disposición no puede la Administración hacer valer sus prerrogativas.

Esta afirmación, que me parece tan indiscutible, tiene consecuencias de tremenda importancia en el terreno que nos ocupa. En efecto, de ella se deriva, a través de una sencilla operación de concreción de lo general a lo particular, que las actuaciones antijurídicas de una Administración pública no pueden beneficiarse del principio de autotutela previsto solamente para cuando la actuación sea conforme a Derecho, siendo exigible conforme al artículo 106.1 CE¹⁵, que declara la fiscalización plena, sin inmunidades del poder, de la actuación administrativa, la posibilidad de que los jueces y tribunales puedan apreciar estas circunstancias en tiempo útil —en una instancia procesal lo menos alejada posible del momento en que se suscita el conflicto— resolviendo lo que en cada caso mejor se corresponda con la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de los administrados.

Opino, en conclusión, que se hace imprescindible un juicio anticipado acerca de la legalidad de la actuación administrativa. De él dependerá que la Administración pueda hacer o no valer los privilegios que le asisten como depositario del interés público. Si resulta *prima facie* que la Administración actuó prescindiendo de los cauces jurídicos establecidos al efecto no podrá pretender que el juez, al decidir sobre la concesión o no de una medida cautelar, haga jugar en su favor la prevalencia de los intereses públicos.

En estos supuestos el juez en sede de justicia cautelar debe limitarse, tal como expusimos en el epígrafe II.C.1, a ponderar circunstancias estrictamente ligadas a la efectividad real de la sentencia, de suerte que si esa valoración pone de manifiesto un riesgo de que una eventual sentencia favorable al administrado no pueda ser efectivamente ejecutada el juez debe contrarrestar ese riesgo otorgando una medida cautelar. Precisamente porque su función es garantizar la efectividad real de la sentencia favorable al administrado, la medida cautelar se hace más imprescindible cuantas más sean las probabilidades de que la sentencia final estime la posición jurídica alegada por el particular, esto es, cuanto mejor fundada aparezca *ictu oculi* dicha situación jurídica individualizada.

¹⁵ Hacen jugar el artículo 106 CE, entre otras, las SSTC 238/1992, 148/1993 y 78/1996.

Esta construcción de la tutela cautelar, al derivar directamente del juego combinado del artículo 24.1 CE y 103.1 CE, vincula al legislador a quién sólo le resta — que no es poco — como ámbito de libre apreciación la graduación del riesgo en la demora y de la verosimilitud del derecho del particular necesarios para que sea procedente el otorgamiento de la medida cautelar.

4. Resumen de la tesis propuesta

En resumen, la tesis que aquí se intenta defender consiste en que de los artículos 24.1 CE y 103.1 CE, resulta —con carácter vinculante para el legislador— que en toda decisión tomada en sede de justicia cautelar cuando uno de los protagonistas es una Administración pública actuando como tal, el juez debe anticipar el enjuiciamiento *prima facie* de los siguientes extremos y hacerlo por el orden que se indica:

a) Verificar si la Administración actuó o no conforme a Derecho. Este juicio anticipado acerca de la apariencia de legalidad de la actuación de la Administración se convierte en la piedra angular del sistema, pues de su resultado dependen los criterios subsiguientes a tener en cuenta.

b) Si esa primera verificación es positiva el criterio fundamental en la concesión de la medida cautelar será la ponderación interés público-interés privado dando preferencia a aquél salvo los supuestos de gran desproporción, esto es, cuando en el caso concreto el sacrificio del interés privado supere notablemente el que resultaría para el interés público de otorgarse la medida cautelar solicitada.

En estos casos se concederá la medida cautelar si, además, se acreditan el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*.

c) Si, por el contrario, la actuación de la Administración es antijurídica el juez debe olvidarse de la ponderación de intereses y fijarse directa y exclusivamente en si concurren el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* en el grado establecido por el legislador. En estos casos el interés público por muy transcendente que sea no puede ser usado para justificar la denegación de una medida cautelar.

Esta tesis abre la puerta a algunas preguntas que es difícil contestar *a priori*. En primer lugar, ¿cuál será la extensión del juicio anticipado acerca de la legalidad de la actuación administrativa que lo diferencie del juicio de fondo a realizar en la sentencia? ¿Para apreciar en este momento la ilegalidad del comportamiento de la Administración pública, basta una simple apariencia o es necesario que sea particularmente manifiesta? ¿Tiene el legislador plena disposición de estos extremos? ¿Qué conexión se establece entre el juicio anticipado acerca de legalidad de la actuación administrativa y la verificación de la verosimilitud del derecho o interés legítimo del reclamante?

III. OBJECIONES, VENTAJAS Y ARGUMENTOS A MAYOR ABUNDAMIENTO RELATIVOS A LA TESIS PROPUESTA

De entrada es importante que quede claro que, en mi opinión, la tesis propuesta en los distintos apartados del epígrafe II.C. es la que más se ajusta a nuestro sistema constitucional. No obstante, he considerado oportuno destinar unas líneas a desvirtuar eventuales críticas y a apuntar algunos argumentos a mayor abundamiento en apoyo de mi tesis.

A. ACERCA DE LAS PRERROGATIVAS DE DECISIÓN PREVIA Y DE PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD

Seguramente habrá quien sostenga equivocadamente que esta tesis acaba con los imprescindibles privilegios de la Administración de decisión previa y presunción de legalidad. Bien mirado, sin embargo, estas prerrogativas se agotan en que la Administración decide ejecutivamente sin necesidad de acudir a los Tribunales y que esa decisión se presume conforme a Derecho, pero con presunción *iuris tantum*, esto es, que puede ser destruida poniendo de relieve su ilegalidad. Acreditada, incluso *prima facie* en sede de tutela cautelar, su ilegalidad el juez debe extraer las consecuencias que sean oportunas sin que eso suponga privar a la Administración de los privilegios precitados.

Entenderlo de otro modo sería tanto como conceder a la Administración un nuevo privilegio que, por otro lado, es contrario a la tutela judicial efectiva *ex* artículo 24.1CE: la intangibilidad de la relación jurídica tal como la ha definido unilateralmente la Administración hasta que se dicte sentencia, aun en el caso de que esa decisión previa y unilateral sea patentemente contraria a Derecho y que exista un riesgo fundado de que la sentencia favorable al administrado que en su día sea dictada no resulte suficiente para hacer real y efectiva la posición jurídica que al administrado le reconoce el ordenamiento jurídico.

B. UNA MEDIDA CAUTELAR PUEDE PARALIZAR ACTUACIONES PÚBLICAS DE GRAN TRANSCENDENCIA

Desde el ángulo de su aplicación práctica, la crítica que con insistencia se opondrá a esta propuesta es su virtualidad para paralizar actuaciones públicas de gran trascendencia para los intereses generales con el consiguiente perjuicio para todos. Sin embargo, lo único cierto desde un punto de vista jurídico es que la Administración pública disfruta de una serie de prerrogativas justificadas en la persecución de los intereses generales y que estas prerrogativas, en tanto que suponen una derogación del normal desenvolvimiento de los derechos e intereses legítimos de los particulares, están legalmente delimitadas. El ordenamiento jurídico, en consecuencia, no ampara las actuacio-

nes de la Administración pública que, fuera de esas prerrogativas, sacrifique la posición jurídica de un administrado cualquiera que sea el interés público perseguido.

Y este argumento cobra más importancia si se parte de que la Administración pública tiene instrumentos jurídicos suficientes para alcanzar legalmente cualquier objetivo de interés general que se proponga. Si aquélla en vez de usarlos opta por perseguir dicho interés a través de una actuación *contra legem* y el juez niega la medida cautelar oportunamente instada con base en la ponderación de intereses el resultado final a que nos conduce inexorablemente esta práctica es a que la Administración pública se habitúe a utilizar vías distintas a las previstas por el ordenamiento jurídico para esos fines en tanto que no tiene ningún estímulo para ceñirse a las legalmente previstas.

C. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PIERDE INTERÉS EN UTILIZAR LA DURACIÓN DE LOS PROCESOS PARA PERJUDICAR AL ADMINISTRADO QUE TIENE LA RAZÓN

Como corolario de las dos cuestiones anteriormente abordadas no podemos menos que concluir que un régimen de medidas cautelares basado indistintamente en la ponderación de intereses, aparte de no ser acorde con el juego combinado de los artículos 24.1 y 103.1 de la Constitución, tiene consecuencias prácticas muy negativas.

A las ya indicadas añadamos aquí otra, quizá la más inaceptable, que es el abuso fraudulento en perjuicio del administrado a quien asiste el derecho de la conjunción de tres factores: a) la decisión previa que goza de presunción de legalidad; b) la denegación de toda medida cautelar cuando hay un interés público implicado; c) la insoportable duración de los procesos. Ciertamente, cuando en los supuestos de actuaciones administrativas ilegítimas el juez en aras de la protección del interés público niega una medida cautelar no hace sino blindar la ilegalidad cometida por la Administración obligando al particular a soportarla mientras dure el proceso. Y enfatizo la expresión blindar la ilegalidad, porque debido a la larguísima duración media de los procesos contencioso-administrativos hay muchos administrados que desisten de su acción o, directamente, no la interponen, buscando como mal menor un acuerdo con la Administración, la cual consciente de este fenómeno, no duda en provocar esta situación ya sea con dolo, ya sea por negligencia.

Dicho con otras palabras, con este modo de configurar la justicia cautelar, cuando la Administración pública sacrifica injustamente el derecho de un particular puede hacer jugar a su favor la necesidad de este último de seguir un procedimiento administrativo y un proceso judicial para obtener la razón. Basta, para ello, con que en vía administrativa y contencioso-administrativa se reafirme en su posición inicial a sabiendas de que es ilegal abocando al administrado a un largo proceso con la inseguridad añadida de que la sentencia final favorable pueda ser insuficiente para satisfacer el derecho o interés legít-

timo reconocido por la ley al administrado. Éste, ante esta perspectiva nada halagüeña, desiste de perseguir la tutela judicial de su posición jurídica y opta por transigir con la Administración pública aun cuando tenga que dejarse en el envite parte de su derecho o interés.

Aunque se podría oponer que en este planteamiento se parte de un comportamiento ilegal intencionado de la Administración pública perfectamente incardinable en el concepto de mala fe, creo que no se pueden perder de vista dos consideraciones: a) ésta y no otra es la realidad en más ocasiones de lo que sería deseable ¹⁶; b) lo criticable desde un punto de vista jurídico no es que la Administración pública actúe con mala fe intentando aprovecharse de una situación de ventaja, sino que un sistema deje objetivamente espacios abiertos a la sospecha.

La posición aquí propugnada presenta la ventaja de cerrar esos espacios porque la Administración pública pierde interés en utilizar la duración de los procesos para perjudicar al administrado que tiene la razón desde el momento en que éste puede, poniendo de relieve ante el juez en sede de justicia cautelar la ilegalidad de la actuación administrativa, la verosimilitud de su derecho o interés legítimo y el *periculum in mora*, obtener desde un estadio muy temprano del proceso un reconocimiento de su posición jurídica, ciertamente provisional y pendiente de la sentencia final, pero inestimablemente útil, tanto que en muchos casos supondrá el desistimiento de la acción por parte de la Administración pública, con lo cual se produciría un nuevo efecto positivo como es la disminución del número de procesos que aliviaría la situación de atasco que sufre la jurisdicción contencioso-administrativa.

D. ARGUMENTO A CONTRARIO

Permítaseme para finalizar un argumento *a contrario*. A nadie se le ocurriría defender que acreditado el derecho o interés legítimo del particular en el proceso la sentencia debiera negarse a protegerlo si su reconocimiento implicase un perjuicio para el interés público por muy importante que éste fuese. Para estos casos, de todos es sabido, la ley prevé un mecanismo de expro-

¹⁶ Sobre este punto, véanse las ilustrativas palabras de E. GARCIA DE ENTERRÍA cuando en *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, 2ª edición, Madrid, 1995, p. 176, dice que «La Administración goza del insuperable poder de la autotutela, por virtud del cual hace ejecutorias sus decisiones, sean éstas las que sean, y es capaz de imponerlas de hecho por sus propios medios a los administrados que no las ejecuten o las admitan de grado. Los administradores tendrían que ser de sustancia divina si no abusarán con alguna frecuencia de ese formidable poder que echa sobre el administrado la tremenda carga de un proceso impugnatorio cuyo final se demora a cuatro, a siete, a diez años. Es cada vez más frecuente ese abuso y todos lo sabemos. Con cierta habitualidad la Administración dice a los administrados afectados que es posible que tengan razón, incluso que la tienen....., pero que va a tardar largos años en que los Tribunales se la reconozcan por lo que le conviene más hacer algún «convenio».....». Del mismo autor *in extenso*, «La lucha contra el abuso de los procesos: juicios provisionales y medidas cautelares», en *Poder Judicial*, núm. 20, 1990, pp. 9 y ss.

piación de los derechos reconocidos por la sentencia, lo que presupone que ésta, haciendo triunfar la legalidad sobre el interés público, declara su existencia dispensando la tutela solicitada. Entonces, ¿por qué en sede de justicia cautelar la relación entre el principio de legalidad y el interés público ha de ser diferente?

IV. CONCLUSIÓN

En definitiva, a mi juicio, es claro que la tesis propuesta en el epígrafe II. C. no sólo es la más acorde con el texto constitucional, sino que en la práctica produce efectos muy positivos y en la actualidad muy necesarios en las relaciones entre la Administración pública y los particulares.

Ahora bien, si la posición propugnada se sustenta en razonamientos que parecen tan evidentes y sus efectos en la práctica son tan deseables ¿por qué suscita tanta oposición? En primer lugar, porque la Administración está interesada en seguir disfrutando en la práctica de un privilegio que la ley no le reconoce y cuya virtualidad práctica, como queda expuesto en el apartado II. D. 3., va mucho más lejos de una simple demora en la condena. En el resto de instancias en que se aprecia esta oposición se debe, a mi modo de ver, a que una tesis como la aquí propugnada supone un cambio radical en el régimen jurídico de las medidas cautelares y, en último término, en las relaciones Administración-administrado. Y ya se sabe que todo nuevo planteamiento genera rechazo en los que están habituados a convivir con el anterior. Sin embargo, considero que es tan indiscutible que la Administración pública cuando actúa ilegalmente no puede pretender beneficiarse de los privilegios ligados a la persecución de los intereses generales que me atrevo a aventurar que antes o después tendrá que triunfar esta tesis hoy minoritaria.

