



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

ÚLTIMAS TENDENCIAS EN EL
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.
LAS MEDIDAS PROVISIONALES.

Presentado por Enrique Martín Manrique

Tutelado por Antonio Calonge Velázquez

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.	- 1 -
2. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS.	- 3 -
3. CONCEPTO Y FINALIDAD.	- 5 -
4. CARÁCTERÍSTICAS.	- 11 -
4.1 INSTRUMENTALIDAD.	- 11 -
4.2 PROVISIONALIDAD.	- 12 -
4.3 URGENCIA.	- 13 -
4.4 HOMOGENEIDAD.	- 14 -
5. PRESUPUESTOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES.	- 14 -
5.1 LOS PERJUICIOS DE DIFÍCIL O IMPOSIBLE REPARACIÓN.	- 14 -
5.2 PERICULUM IN MORA.	- 19 -
5.3 APARIENCIA DEL BUEN DERECHO.	- 22 -
5.4 PENDENCIA DEL PROCESO PRINCIPAL.	- 25 -
6. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES.	- 27 -
6.1 MOMENTO DE ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES.	- 27 -
6.2 LA AUDIENCIA PREVIA AL INTERESADO.	- 33 -
6.3 PROPORCIONALIDAD.	- 38 -
6.4 MOTIVACIÓN.	- 41 -
7. EXTINCIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES.	- 44 -
8. CONCLUSIONES.	- 46 -

ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional.
AP	Audiencia Provincial.
CE	Constitución de 1978.
CC	Código Civil.
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
LFCE	Ley de Funcionarios Civiles del Estado.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958.
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.

RESUMEN

El presente trabajo aborda las novedades introducidas en materia de medidas provisionales en la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, respecto de su predecesora la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

PALABRAS CLAVE

Administración, particulares, procedimiento, ejecución, suspensión, tutela judicial efectiva, medidas provisionales.

ABSTRACT

The present work addresses the novelties introduced in the matter of the provisional measures in the new Law 39/2015, of October 1, of the Common Administrative Council of the Public Administrations, Legal Regime of the Public Administrations and of the Common Administrative Procedure.

KEY WORDS

Administration, individuals, procedure, execution, suspension, effective judicial protection, provisional measure, precautionary measure.

1. INTRODUCCIÓN.

Como consecuencia de la entrada en vigor de nuestra Carta Magna los estrechos límites de los artículos 122 y ss. de la Ley de la Jurisdicción de 1956 se vieron desbordados ante la consagración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos en sus derechos e intereses legítimos (art. 24.1 CE), lo que supuso la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), y en concreto de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), así como el control judicial de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE).

De esta forma, el privilegio de la ejecutividad, necesario para cumplir con el mandato constitucional de eficacia en la actuación de la Administración al servicio de los intereses generales (artículo 103.1 CE), indispensable para garantizar el normal desarrollo de la presunción de legalidad de la actuación administrativa, habría de coexistir con el derecho fundamental de todos los ciudadanos a obtener una tutela judicial efectiva en la defensa de sus derechos e intereses legítimos, de tal manera que la suspensión cautelar de la ejecutividad de la disposición o del acto administrativo deja de tener un carácter excepcional y se convierte en instrumento de la tutela judicial ordinaria.¹

Es en este momento, cuando nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo un proceso de constitucionalización común a otros países de nuestro entorno como Francia o Alemania, va a incardinar de manera decisiva la tutela cautelar dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el ya citado artículo 24.1 CE.

El profesor García de Enterría, en un meritorio y principal trabajo sobre la materia², destaca tres importantes Sentencias del Tribunal Constitucional que van a dar carta de naturaleza a ese proceso de constitucionalización de las medidas cautelares en nuestro país, proceso que es seguido de forma coetánea por el Tribunal Supremo. Se refiere el citado autor, en primer lugar, a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio de 1987, que declara la inconstitucionalidad de la prohibición de suspender en vía jurisdiccional las resoluciones administrativas adoptadas y recurridas ante los Tribunales en materia de extranjería,

¹ ISABEL CARA FUENTES, E, “*Medidas Cautelares y Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Problemática y soluciones)*”, Fundación Asesores Locales, 2014, Málaga, pág. 15.

² GARCÍA DE ENTERRÍA. E. *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*. Civitas, 1995, Madrid, págs. 273 y ss.

basándose preferentemente en la violación del artículo 14 CE, pero destacando el nexo existente entre la potestad jurisdiccional de suspensión cautelar y la efectividad de la tutela judicial, y a las Sentencias de 12 de diciembre de 1991 y 10 de febrero de 1992 del mismo alto Tribunal. Resultando, especialmente llamativa la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en esta última al concluir que “la tutela cautelar no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”.

La materia que abordamos ha recibido escasa atención por parte de la doctrina administrativista de nuestro país, que se ha centrado de una manera más activa y como consecuencia de la trascendencia del proceso contencioso-administrativo en las medidas cautelares propias del mismo, olvidándose, como ha hecho notar MESEGUER YEBRA “que la tutela cautelar del interés, tanto público como privado, dispensado por la Administración pasa en primer lugar por el tamiz de lo administrativo”.³

Sin embargo, debido a la importante función que desempeñan las medidas provisionales dentro de los distintos ámbitos de la actividad administrativa, hemos visto como en los últimos años este tipo de medidas han ido adquiriendo mayor relevancia.

En el presente trabajo nos ocuparemos de las denominadas -no de manera muy acertada, como luego señalaremos- medidas provisionales en el ámbito del procedimiento administrativo común, centrandó preferentemente nuestra atención en el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC).

Para ello, debemos enfrentarnos, en primer termino, a precisar terminológicamente la figura ante la que nos hallamos, lo que nos va a permitir distinguir entre el genero y la especie. A continuación, centraremos el objeto de nuestro estudio en su concepto y las finalidades de este tipo de medidas, pues, en buena medida desentrañaremos su naturaleza jurídica.

Las características de este tipo de medidas, ocuparan el cuarto apartado de este trabajo: instrumentalidad, provisionalidad, urgencia y homogeneidad, son las notas definitorias de las medidas provisionales que abordamos.

³ MESEGUER YEBRA, J, “*Las medidas provisionales en vía administrativa*”, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 9

Después, nos adentraremos en el estudio de los presupuestos necesarios para la adopción de este tipo de medidas, destacando la apariencia del buen derecho y su evolución jurisprudencial. El sexto apartado, lo dedicaremos al régimen jurídico de este tipo de medidas, y abordaremos en consecuencia, cuando podrán ser adoptadas y otros requisitos que conforman su régimen jurídico. Finalmente, la extinción de las medidas provisionales será el último apartado de este estudio. Las conclusiones concluirán el presente trabajo de fin de grado.

2. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS.

Las medidas provisionales, calificadas como tales en el artículo 72 LRJPAC, y reguladas con la misma denominación en el artículo 56 LPAC, también pueden adjetivarse como cautelares al tener como finalidad el aseguramiento de la eficacia de la resolución que se emite al final del procedimiento. Como han destacado los profesores GONZÁLEZ PEREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, hablar de medida provisional o de medida cautelar es hablar de lo mismo, aunque atendiendo a dos de sus características. Es provisional en tanto que se anticipa a una medida definitiva que será adoptada al final del procedimiento, y es cautelar en el sentido asegurador expuesto.⁴

Sin embargo, atendiendo al riguroso análisis que realiza REBOLLO PUIG⁵ de las similitudes y diferencias de las medidas provisionales del procedimiento administrativo con las medidas cautelares de los procesos judiciales, podemos observar que aunque obedecen a problemas similares y buscan igualmente la solución en un equilibrio entre la garantía de las formalidades y la eficacia, surgen diferencias importantes en lo que se refiere a su significado para la posición de la Administración y del administrado, pues en el proceso judicial, se presentan como garantía del administrado, como una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, mientras que en el procedimiento administrativo, suelen manifestarse como una facultad de la administración que exime a ésta de respetar las garantías que el procedimiento administrativo conlleva, como actos de gravamen que suponen una ejecución anticipada de la resolución final del procedimiento. Así por ejemplo la adopción por parte de la administración de una medida

⁴ GONZALEZ PERÉZ, J y GONZALEZ NAVARRO, F, “Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, Thomson, Madrid, pág. 1829.

⁵ REBOLLO PUIG, M, “Medidas provisionales en el procedimiento administrativo”, *Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*”, Civitas, Madrid, 1993, pág. 660.

provisional antes del inicio del procedimiento, con la única exigencia de que las medidas provisionales adoptadas de esta forma lo sean con la correspondiente motivación.

Haciendo referencia a lo expuesto por el profesor CALONGE VELÁZQUEZ, sería más correcto emplear, desde el punto de vista teórico, el termino cautelar cuando nos refiramos a medidas de este tipo y señalar, siguiendo también a GÓMEZ BARAHONA⁶, que éstas son el género, mientras que las medidas provisionales son una de sus especies. Y ello porque el termino cautelar, que, según el diccionario de la Real Academia Española, en su segunda acepción, significa “medidas o reglas para prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo”⁷, define a la perfección los elementos que integran estas medidas y que, en efecto, de modo muy acertado ha explicado REBOLLO PUIG, el termino provisional no tiene fundamentalmente el sentido de eficacia temporal limitada, “sino el más preciso de suplir interinamente la falta de una resolución que aún no se ha producido”, puesto que, tal y como se ha dicho, la finalidad de estas medidas es asegurar la eficacia de la resolución que se dicte al final del procedimiento administrativo de que se trate.

Ahora bien, pese a que, en rigor, según hemos tratado de exponer, sería mas adecuado denominarlas cautelares, lo cierto es que la normativa vigente a la hora de referirse a este tipo de medidas utiliza unas veces el termino “provisionales”, y otras, en cambio, emplea el de “cautelares”. También sucede que hay autores que consideran más atinada la denominación de “medidas provisionales” o de “carácter cautelar”, distinguiéndose de esta forma las medidas que se han considerado generalmente como “cautelares” o de “carácter cautelar”.⁸

En esta misma línea, debemos poner de relieve que hay normas autonómicas que utilizan ambos términos para identificar una misma realidad como es el caso del Decreto 278/1993, de 9 de noviembre sobre el procedimiento sancionador de aplicación a los ámbitos de competencia de la Generalitat de Cataluña, o el Decreto 189/1994, de 25 de agosto que aprueba el Reglamento de Procedimiento sancionador de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, que las denominan “medidas cautelares de carácter provisional”.

⁶ GÓMEZ BARAHONA, A, “Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo tras la promulgación de la LRJPA”, en LÓPEZ RODÓ, L, FREITAS DO AMARAL, D (dir), “Procedimiento Administrativo: ponencias al I coloquio hispano-portugués”, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1994, pág. 372.

⁷ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, tomo I, 20ª ed, Madrid, 1982.

⁸ PONS CÁNOVAS, F, “Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador”, Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 19 y 20.

De todo lo expuesto con anterioridad, podemos afirmar que el termino “provisionales” sería el más adecuado y el que normalmente se utiliza para referirse a aquellas medidas que se adoptan en el desarrollo del procedimiento o con anterioridad a su inicio; mientras que el termino “cautelares” se emplea cuando ya existe una resolución o con ocasión de su revisión.⁹

Por lo tanto, en el desarrollo de este trabajo utilizaremos el término provisionales, por entender que es el más adecuado para designar a las medidas adoptadas una vez iniciado el procedimiento administrativo o bien con anterioridad a su inicio.

3. CONCEPTO Y FINALIDAD.

La doctrina¹⁰ ha puesto de manifiesto la falta de un concepto legal de esta figura, ya que no existen más que las referencias que se encuentran dispersas en las distintas normas que la contemplan. Por tanto, ante esta situación, se ha intentado definir las haciendo énfasis en la finalidad y en las notas que las caracterizan.

De este modo, NARBÓN LAINEZ las define como aquella “actuación de la administración de carácter instrumental, que ante un riesgo inminente y grave de que se frustre la resolución definitiva que pueda recaer en el procedimiento administrativo, se anticipa a esa resolución con el fin de asegurar su eficacia”¹¹. La definición propuesta por el autor citado se ajusta perfectamente a las previsiones de la LPAC sobre las medidas provisionales, expresando claramente la función de estas: “asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer” (art. 56.1 LPAC), sin embargo, un breve análisis de la legislación sectorial¹² es suficiente para comprobar que la finalidad de la gran mayoría de dichas medidas excede de la mera garantía de la ejecución de la resolución que pone fin al procedimiento y se extiende a la protección de los derechos e intereses -fundamentalmente públicos- que podrían resultar dañados durante la tramitación del procedimiento.¹³

⁹ CALONGE VELÁZQUEZ, A, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo*. Editorial Comares, Granada, 2007, pág. 4 y 5.

¹⁰ Vid, por todos, NARBÓN LAINEZ, GÓMEZ BARAHONA, GALLEGO ANABITARTE, MENÉDEZ REXACH.

¹¹ Vid, NARBÓN LAINEZ, E.J, “*Las medidas cautelares en el procedimiento administrativo. Especial referencia a la suspensión en vía administrativa*”, en FERNÁNDEZ DE AGUIRRE, J.C, (dir), *Valoración de la ley 30/1992 tras cinco años de vigencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pág. 179.

¹² Vid, por ejemplo, el artículo 53 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados; y el artículo 49 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

¹³ MARINA JALVO, B, *Medidas provisionales en la actividad administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 18.

GÓMEZ BARAHONA, centrándose en los elementos o notas que las caracterizan, las ha definido diciendo que se trata de “actos discrecionales o declaraciones de voluntad de la administración, de carácter provisional e instrumental en el seno de un procedimiento que tienen por finalidad garantizar los fines públicos predeterminados por la ley frente a los riesgos que implica el periculum in mora de los procedimientos administrativos”.¹⁴

Para otros autores, la definición de las medidas provisionales solo puede hacerse atendiendo a las notas o características que las componen, de esta manera, GALLEGO ANABITARTE y MENÉNDEZ REXACH, han manifestado en atención a las notas que las integran, que las medidas provisionales “son todas aquellas medidas de carácter cautelar, preventivo o asegurador que, como explícitamente señala el artículo 56.1 LPAC, tienden a asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer en el procedimiento”.¹⁵

En consecuencia, entendemos nosotros que las medidas provisionales pueden ser definidas como actos administrativos de carácter urgente e interino acordados antes o durante la tramitación de un procedimiento con el fin de evitar que en tanto éste concluye puedan mantenerse situaciones o conductas que, de forma directa o indirecta, privarían de efectividad práctica a la resolución final.

Conforme señala el artículo 56.1 LPAC, la finalidad de las medidas provisionales consiste en “asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer”, por lo tanto, según el citado precepto, podríamos entender, que la función de estas medidas se agotaría en la garantía de la posibilidad de ejecución de la resolución. Es decir, que, si atendemos a la literalidad del artículo 56 LPAC, las medidas provisionales contempladas no alcanzarían a asegurar otros intereses o derechos que podrían resultar afectados durante la tramitación del procedimiento.

MESEGUER YEBRA señala, en este sentido, que la finalidad de las medidas provisionales reside en asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, ya que éstas se adoptan con carácter previo a la finalización del procedimiento y para la protección provisional de los intereses implicados en el procedimiento que corren el peligro de resultar afectados si no se adoptan estas medidas de salvaguarda con la urgencia que requiere en cada caso.¹⁶

¹⁴ GÓMEZ BARAHONA, A, “*Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo...*”, cit. pág. 379.

¹⁵ GALLEGO ANABITARTE, A y MENÉNDEZ REXACH, A, “*Acto y procedimiento administrativo*”, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 150.

¹⁶ MESEGUER YEBRA, J. cit. pág. 10.

Sirva como ejemplo en este ámbito, el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, cuyo artículo 33 establece en su apartado primero, que “una vez iniciado el procedimiento, la autoridad que acordó la incoación podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer” y en su segundo apartado, que “la suspensión provisional podrá acordarse preventivamente en la resolución de incoación del expediente y durante la tramitación del procedimiento disciplinario, en los términos y con los efectos señalados en los artículos 47, 48 y 49 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado” (en adelante, LFCE).

No obstante, en la práctica podemos observar que las medidas provisionales no siempre se limitan a asegurar la ejecución de una resolución, sino que persiguen objetivos más amplios, ofreciendo la legislación sectorial múltiples ejemplos de lo expuesto:

Así, el artículo 64 de la Ley 10/2015, de 23 de diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, dispone que “Los órganos competentes para incoar el expediente sancionador pueden, en cualquier momento del procedimiento, previa audiencia de las personas interesadas por plazo común de cinco días, y mediante resolución motivada, acordar las medidas provisionales necesarias y adecuadas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera imponerse o impedir la obstaculización del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y garantizar la seguridad de personas y bienes”.

También, el artículo 33 de la Ley 11/2010, de 17 de diciembre, de prevención del consumo de bebidas alcohólicas en menores de edad, que indica: “Iniciado el expediente sancionador, el órgano competente podrá adoptar las medidas provisionales o preventivas imprescindibles en orden a asegurar la eficacia de la resolución que pudiese recaer y tendentes a la salvaguarda de la salud, seguridad y protección de las personas, así como a la suspensión o clausura preventiva de servicios, establecimientos y centros o la suspensión de autorizaciones, permisos, licencias y otros títulos expedidos por las autoridades administrativas, en los términos que autorice la legislación vigente”.

O finalmente, el artículo 64.1 de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid, señala: “Podrá acordarse la suspensión provisional del funcionario cuando, habiéndole sido instruido un procedimiento judicial o disciplinario, el interés público aconseja su no continuidad en el puesto de trabajo, en tanto se sustancia el proceso o expediente”.

El Tribunal Supremo ha configurado las medidas provisionales como acciones que se adoptan para proteger el interés general, tanto en el seno de un procedimiento como con carácter previo a su instrucción. Así, en la STS de 14 de noviembre de 2007¹⁷, fundamento jurídico quinto, señaló que “constituyen, por tanto, acciones provisionales que se adoptan para proteger el interés general, ordinariamente en el seno de un procedimiento, pero también con carácter previo a su instrucción cuando hay razones de urgencia. Se trata de evitar que mientras se instruye y termina un procedimiento puedan mantenerse situaciones que mermen o eliminen la eficacia real de la decisión o resolución que finalmente fuera adoptada”.

Sin embargo, englobadas bajo la denominación de “medidas provisionales” es habitual encontrar previsiones normativas que contemplan todo tipo de medidas directamente encaminadas a la tutela del interés público presente en cada caso. Y en ocasiones, más que de medidas provisionales, de lo que tratamos son de medidas de policía. Este hecho no es más que una muestra de la confusión existente en muchos casos entre las medidas de policía, en algunos casos denominadas “medidas cautelares”, y las medidas provisionales en sentido estricto, pese a que ambas figuras responden a un significado y a una finalidad diferentes.

De esta manera quedarían excluidas de esta categoría las medidas de carácter provisional que entran en vigor automáticamente a consecuencia de la incoación de un procedimiento o de algún otro trámite (como por ejemplo la suspensión de licencias derivada de la aprobación inicial de los instrumentos de ordenación del territorio y del planeamiento urbanístico)¹⁸ y aquellas que derivan directamente de una norma sin precisar acto administrativo alguno para su adopción.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª (rec.77/2004).

¹⁸ Vid, artículo 53 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León.

Por lo tanto, no tendrían consideración de medidas provisionales aquellos supuestos en los que la interposición del correspondiente recurso conlleva la suspensión automática del acto impugnado, como por ejemplo, el caso contemplado en el artículo 44.3 de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria “La interposición de recurso contra resoluciones sancionadoras suspenderá la efectividad de la sanción, salvo cuando por tratarse de un acto de indisciplina grave la corrección no pueda demorarse”.

Volviendo a las medidas provisionales contenidas en el artículo 56 LPAC, es decir, aquellas que son establecidas por la administración mediante un acto administrativo cuyo contenido es una declaración de voluntad por la cual se adoptan¹⁹, señalar en este sentido, que aunque este precepto establece que “el órgano administrativo competente para resolver el procedimiento [...] podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer [...] si existiesen elementos de juicio para ello”, la adopción de las mismas no constituye una decisión puramente discrecional.

Sin embargo, el párrafo segundo del citado precepto, introduce novedades en este ámbito al establecer que [...] en los casos de urgencia inaplazable y para la protección de los intereses implicados, podrán adoptarse de forma motivada las medidas provisionales que resulten proporcionadas y adecuadas. Con lo cual la Administración ve reforzada su posición al contar con un nuevo margen de discrecionalidad que en la anterior ley del procedimiento no se contemplaba, esto es, la adopción de forma motivada de las medidas provisionales antes de la incoación del procedimiento.

En otras palabras, la garantía de la plena efectividad del acto terminal obliga a la administración -o a los tribunales, en su caso- a adoptar la medida provisional al efecto.²⁰

Esta nueva posibilidad no quiere decir que la administración pueda proceder a adoptar libremente las medidas provisionales que estime oportunas, puesto que la adopción de las mismas tendrá que cumplir con el requisito de la motivación y con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad, respetando en todo caso, las garantías del procedimiento, y no estando permitidas la adopción de tales medidas cuando “puedan causar

¹⁹ ALONSO GARCÍA, C, “La revisión de oficio de los actos administrativos tras la ley 4/1999, de 13 de enero”, *RJA*, núm. 6, 2000, pág. 47.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de septiembre de 2015, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª (rec. 12/2000).

perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes (artículo 56.4 LPAC)”.

Ahora bien, no puede entenderse, que el único fin de estas medidas sea el de asegurar la eficacia de la resolución, ya que en la práctica nos encontramos con que las medidas provisionales van más allá de asegurar esa eficacia de la resolución persiguiendo objetivos muchos más amplios como son la defensa de los intereses de la administración, de los intereses de los terceros, de los implicados en el procedimiento o de la tutela del interés público, destacando en este sentido, las medidas provisionales adoptadas dentro de la actividad sancionadora de la administración (como las multas, las privaciones de derechos o las que imponen el cese temporal o definitivo del ejercicio de determinadas actividades).²¹

Siguiendo la misma línea, y en relación con las medidas provisionales aplicables para la defensa de la competencia, SORIANO GARCÍA, se hace eco de la extensión normativa de la función de estas medidas, que pasan de asegurar la ejecución de la resolución a asegurar su efectividad.²² Y esto último porque las medidas provisionales administrativas no responden solamente al principio de eficacia, sino también al principio de sometimiento a la ley y al Derecho que vincula igualmente la actuación de las administraciones públicas.²³ De ahí que se realice una interpretación amplia de los objetivos e intereses a cuya garantía se orientan las medidas reguladas en el artículo 56 LPAC.

REBOLLO PUIG, afirma a este respecto, que en los artículos 90.3 y 56.1 LPAC, se vuelve a incurrir en el error de señalar como único fin de las medidas provisionales “el de asegurar la eficacia de la resolución”, puesto que en muchas ocasiones esta eficacia no estará en peligro pues la resolución se podrá ejecutar sin problemas, pasado el tiempo y sin necesidad de ninguna medida provisional de aseguramiento. Pero, pese a ello, la medida provisional puede ser oportuna y hasta necesaria “para la protección provisional de los intereses implicados”.

²¹ LÓPEZ ÁLVAREZ, E, “La regulación de las medidas cautelares o provisionales. En particular sobre el régimen de las llamadas medidas provisionalísimas”, en SALA SANCHEZ, P. (dir), *Comentarios a la reforma del procedimiento administrativo (Análisis de la Ley 4/1999)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 381.

²² SORIANO GARCÍA, J.E, *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 537.

²³ GALVEZ MONTES, J, “Medidas provisionales”, en PIÑAR MAYAS, J.L, *La reforma del procedimiento administrativo (comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero)*, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 244.

Así, si se ha impuesto sanción de cierre de establecimiento o de suspensión de funciones o de inhabilitación para realizar ciertas actividades, probablemente no sea necesaria ninguna medida provisional para asegurar la ejecución posterior de esa sanción pero sí para garantizar interinamente los intereses implicados que pueden verse gravemente lesionados si el local sigue abierto o si el infractor continúa realizando las actividades en las que cometió la infracción entretanto la resolución sea ejecutiva.²⁴

4. CARACTERÍSTICAS.

El común de la doctrina, en general, se ha mostrado prolífica a la hora de señalar cuales son las características que definen las medidas provisionales, entendiendo como tales: la instrumentalidad, la provisionalidad, la urgencia y la homogeneidad. Veámoslas.

4.1 INSTRUMENTALIDAD.

Esta cualidad deriva de su condición accesoria del proceso principal cuyo resultado satisfactorio pretende asegurar con su adopción. La instrumentalidad significa que la medida provisional tiene como finalidad asegurar la efectividad de un proceso principal, es decir, que no se puede entender esta institución sino es en relación al proceso asegurado, por ello, se ha considerado a la instrumentalidad como la característica más relevante de las medidas, y que, por ende, permite distinguirlas de las demás.

En este sentido se pronuncia PIERO CALAMENDREI²⁵ al observar que esta nota de instrumentalidad debe ser entendida en el específico sentido de que la medida cautelar no constituye una finalidad en sí misma, sino que se halla necesariamente vinculada a la resolución que pueda dictarse en el proceso principal, es decir, que las medidas cautelares solo pueden adoptarse en tanto exista, o vaya a existir, un proceso principal a cuya finalidad sirvan.

Por lo tanto, las medidas cautelares no operan de manera autónoma, sino que quedan subordinadas a la vigencia del procedimiento principal, de tal suerte que si éste no llegara a

²⁴ REBOLLO PUIG, M, “La ejecutividad de las sanciones tras la nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común” en LAGUNA DE PAZ, J.C, SANZ RUBIALES, I, DE LOS MOZOS Y TOUYA, M.I (coords), “Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudios en homenaje al Profesor José Luis Martínez López-Muñiz”, Tomo II, Reus, Madrid, 2017, pág. 1354.

²⁵ CALAMANDREI, P. “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, págs. 36-40.

incoarse, o bien, una vez iniciado termina o perece, también habrá de hacerlo la medida o medidas cautelares que hubieren sido acordadas²⁶.

Siguiendo a ORTELL RAMOS²⁷, son manifestaciones de la instrumentalidad las siguientes: en primer lugar, que solo puede adoptarse si está pendiente un proceso principal y en caso de que pueda obtenerse previamente a este, la no incoación del proceso dentro de cierto plazo opera como condición resolutoria de la medida acordada; en segundo lugar, debe extinguirse cuando el proceso principal termine, y en tercer lugar, que la instrumentalidad de la medida la hace incidir con variable intensidad sobre la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal.

4.2 PROVISIONALIDAD.

El fin de estas medidas provisionales no es su perpetuación en el tiempo, ya que su permanencia depende del proceso al cual van ligadas, de manera que en el momento en el que el proceso principal concluye, también la medida agota su vigencia, es decir, que es lógico que sean provisionales dado que su permanencia va unida a lo que dure la pretensión principal.

Esta provisionalidad deriva de su estrecha conexión con el carácter instrumental de estas medidas, es decir, con su finalidad asegurativa de la eficacia de la resolución, entendiendo en este caso por carácter provisional, no su capacidad temporal limitada, que también, sino la capacidad de suplir interinamente la falta de una resolución que aún no se ha producido.²⁸

Como ya se ha anticipado, su carácter provisional pone de relieve que no es una medida definitiva, por eso, el artículo 56 LPAC, establece que “en todo caso, se extinguirán cuando surta efecto la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente”, señalado asimismo, en su párrafo quinto, que dichas medidas “podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción”.

²⁶ ASECIO MELLADO, J. M^a, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 492.

²⁷ ORTELL RAMOS, M, “*Derecho Procesal Civil*”, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2004, pág. 917 y ss.

²⁸ REBOLLO PUIG, M, “Las medidas provisionales...”, cit. págs. 660 y ss.

Debido a este carácter provisorio, muchas de estas medidas están sometidas a un plazo máximo. Es el caso de la suspensión de funciones del funcionario que ha sido declarado en situación de suspenso, la cual podrá acordarse preventivamente durante la tramitación del procedimiento y no podrá exceder de seis meses, salvo paralización imputable al interesado (artículos 47, 48 y 49 LFCE).

También, en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, cuando en su artículo 47, párrafo segundo, establece que “excepcionalmente, en los supuestos de grave riesgo o peligro inminente para personas o bienes, las medidas provisionales previstas [...] podrán ser adoptadas directamente por los agentes de la autoridad con carácter previo a la iniciación del procedimiento, debiendo ser ratificadas, modificadas o revocadas en el acuerdo de incoación en el plazo máximo de quince días”.

4.3 URGENCIA.

En el ámbito jurídico-administrativo la urgencia es una nota esencial definidora de la medida cautelar, puesto que a diferencia del plano civilista en el que las partes se mantienen siempre en la misma posición, en el ámbito administrativo ocurre lo contrario, al ostentar la Administración pública un *primus* sobre la otra parte, es decir, la capacidad de imponerse sobre la otra parte y ello en base a la potestad ejecutiva de la que se halla investida la Administración para hacer cumplir su decisión aunque sea de forma temporal o provisional hasta que se obtenga la resolución definitiva.

Es en este contexto donde adquiere capital importancia la urgencia, constituyendo un elemento esencial del proceso que justifica las condiciones en las que el operador jurídico adopta la decisión de otorgar o denegar las medidas cautelares solicitadas. De igual modo se ha de señalar, que la urgencia en sí misma, no ha de ser considerada como un concepto autónomo e independiente del proceso principal sino relacionado intrínsecamente con los intereses implicados en el mismo.

4.4 HOMOGENEIDAD.

La medida o medidas que se acuerden han de servir al aseguramiento de la tutela judicial que pueda obtenerse o a protegerla frente a situaciones producidas durante la pendencia del proceso, por lo que es claro que éstas han de resultar necesarias e idóneas para el logro de esa finalidad, no en vano la medida a acordar por el juzgador será solo aquella indispensable, es decir, la que no admita ser sustituida o reemplazada por una medida distinta que, con menor injerencia en la esfera patrimonial y jurídica del demandado, resulte igualmente eficaz a la satisfacción de esa finalidad cautelar perseguida²⁹.

Esta exigencia de la medida para el logro del objetivo perseguido nos remite a una nueva nota o característica propia de las medidas cautelares como es la homogeneidad de las mismas respecto de la medida ejecutiva que tratan de asegurar, es decir, que la medida cuya aplicación se traduce en el adelantamiento de los efectos de la sentencia que acabe dictada, ha de ser coincidente en su contenido a los actos de ejecución que ha de comportar el fallo.

5. PRESUPUESTOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES.

5.1 LOS PERJUICIOS DE DIFÍCIL O IMPOSIBLE REPARACIÓN.

El artículo 56 LPAC -como ya ocurría con el artículo 72 LRJPAC- establece en su apartado cuarto que “no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”. Esta previsión no resulta descabellada si partimos de la base de que una medida provisional sólo es necesaria si su ausencia puede ocasionar un daño irreparable a los intereses públicos.

El concepto jurídico indeterminado “daños o perjuicios de reparación imposible o difícil” ha de valorarse en cada caso en muy directa relación con el interés público presente en la actuación administrativa, debiendo ponderarse el grado en que el interés público exija la ejecución. Y así se ha podido afirmar que cuando las exigencias de ejecución que dicho interés

²⁹ Conforme al Auto de la AP de las Palmas, de 11 de mayo de 2009, lo que (el legislador) pretende resaltar es que la medida sea práctica para la finalidad que se pretende, ya que su carácter accesorio, supeditado a la eficacia del eventual pronunciamiento que haya de recaer, exige que se adopten solo aquellas que realmente puedan servir para lo que se reclama.

público presenta son tenues, bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia sea de gran intensidad, solo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución, en su caso.³⁰

BAÑO LEÓN, pronunciándose sobre los requisitos necesarios para la adopción de las medidas provisionales y sobre la necesaria interpretación restrictiva de las mismas, menciona entre dichos requisitos, la irreparabilidad del daño que se produce al interés público afectado, que normalmente coincidirá con el interés privado opuesto a la conducta o práctica restrictiva, concluyendo que “[...] solo, en efecto, cuando el daño que puede causar la falta de medida provisional sea irreparable, será una medida proporcionada; o lo que es lo mismo, la medida provisional debe ser forzosamente excepcional”. Asimismo, señala, que el daño que se inflige con la medida provisional ha de ser reparable, puesto que [...] resultaría absurdo que la administración causará un daño mas grave que el que se permite evitar.³¹

Siguiendo a ORTELLS RAMOS, si se parte de una acepción estricta de este límite, no cabría adoptar medidas que ocasionasen un daño al contenido específico de los derechos e intereses legítimos del sujeto pasivo, bien por ser éstos aptos únicamente para un aprovechamiento temporal, bien porque no sea posible restituir el estado de cosas anterior a la medida.³²

Ahora bien, la irreparabilidad del daño puede concebirse en un sentido más relativo, de tal manera, que el daño ocasionado por una medida provisional, será de imposible o difícil reparación cuando la insatisfacción específica -temporal o definitiva- del derecho no es adecuadamente reparable mediante indemnización, bien por la naturaleza o contenido no patrimonial del derecho o interés legítimo afectado, bien por la magnitud, por la difusión o por otros factores de complejidad que dificultarían o imposibilitarían realizar una valoración justa o adecuada de los daños causados.³³

Esta dificultad de reparación de los daños ocasionados por la mayoría de las medidas provisionales administrativas se ha puesto de manifiesto por nuestros tribunales. Sirva como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1991 cuando dispone en

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1999, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, (rec.316/1998).

³¹ BAÑO LEÓN, J.M, *“Potestades administrativas y garantías de las empresas en el derecho español de la competencia”*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 174.

³² ORTELLS RAMOS, M y BELLIDO PENADÉS, R, *“Las medidas cautelares en Derecho de la Competencia”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 53.

³³ ORTELLS RAMOS, M y BELLIDO PENADÉS, R, *“Las medidas cautelares...”*, cit. pág. 54.

relación con una medida cautelar de cierre de una discoteca que “[...] aunque puedan causar perjuicios de difícil reparación [...] nunca serán irreparables, ya que en caso de imponerse la sanción al amparo del artículo 82 del Reglamento General de Policía de Espectáculos, habría de computarse en el cumplimiento de aquella y en el supuesto de no imponerse tal sanción, cabría el resarcimiento de daños y perjuicios”.³⁴

El artículo 56 LPAC -como ya sucedía en los artículos 72 y 136 LRJPAC- no menciona ningún instrumento o criterio que pueda orientarnos a la hora de evaluar la dificultad o la imposibilidad de reparación que puedan ocasionar los daños producidos por las medidas provisionales. Sin embargo, cuando las medidas provisionales se orientan a la tutela de los derechos del interesado, si que nos encontramos con un instrumento que se suele exigir con el fin de hacer efectiva la responsabilidad del sujeto directamente beneficiado por la medida, esto es, la fianza.

En este sentido, la citada Sentencia del Tribunal Supremo señala que: “[...] la exigencia de fianza o caución, para poder concederse la suspensión, es indeclinable, salvo en casos muy excepcionales y que constituyen una violación del artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción que pueda otorgarse la misma relevando al interesado de su deber de prestar garantía, pues el mandato que contiene dicho precepto es taxativo: “cuando el tribunal acuerde la suspensión, exigirá, si pudiera resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero, caución suficiente para responder de los mismos”.³⁵

La misma sala, en su fundamento jurídico tercero señala que conviene aclarar el hecho de que la suspensión en vía jurisdiccional no ha de confundirse con la que pueda haberse obtenido en vía administrativa, pues no existe un derecho indiscriminado para obtener la suspensión simplemente por la prestación u ofrecimiento de caución, sino solo el reconocimiento implícito por la Administración de que la ejecución inmediata puede causar daños o perjuicios de difícil reparación.

A juicio de ORTELLS RAMOS, si en un caso concreto se exige fianza al interesado en la adopción de una medida provisional, ello no significa que no se proteja el interés público, sino que demuestra que [...] si la fianza no es prestada por el solicitante, la Administración

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de febrero de 1991, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1999, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, (rec.316/1998).

está dispuesta a prescindir de la protección cautelar del interés público. La lógica del sistema acaba por invertirse: del fin principal de protección del interés público y sólo refleja del privado coincidente, se pasa a la protección del interés privado y del público también, pero solo si el titular del interés privado quiere financiarlo”.³⁶

REBOLLO PUIG, también señala en esta línea que “[...] con frecuencia las medidas provisionales del procedimiento administrativo serán actos de gravamen y supondrán en cierto modo una ejecución anticipada de la resolución todavía no producida, es decir, el fenómeno contrario a la medida cautelar del contencioso-administrativo que de ordinario consiste en la inejecución de un acto adoptado con procedimiento contradictorio.

En cualquier caso, sea cual sea su final incidencia en la situación de los administrados, está posibilidad de medidas provisionales no está configurada como una garantía de los particulares sino como una muy notable potestad instrumental; instrumental, no solo ya en el sentido de estar al servicio de los intereses generales como todas las administrativas, sino precisamente de otras potestades para reforzar su eficacia”.³⁷

En un primer momento, parece claro que la redacción del artículo 56 LPAC, no contempla la adopción de medidas de “contracautela” que contribuyan al equilibrio de los intereses afectados por el acuerdo de una medida provisional. No obstante, según ha señalado CHINCHILLA “[...] de la misma manera que la Administración puede adoptar medidas para evitar que el tiempo que dura el procedimiento haga perder su eficacia a la sanción que en su día pueda imponerse, el presunto infractor puede solicitar a la Administración la adopción de medidas de “contra cautela”, esto es, las medidas que sean necesarias para contrarrestar los efectos de imposible o difícil reparación que se puedan derivar de las medidas provisionales adoptadas por aquella o de la simple incoación del expediente sancionador”.³⁸

Sin embargo, en la mayoría de los supuestos, resultaría muy complicado, por no decir que imposible, el prever unas medidas de contracautela aptas para contrarrestar los perjuicios derivados de otras medidas provisionales, sin que ello frustrase la eficacia de estas últimas.

³⁶ ORTELLS RAMOS, M y BELLIDO PENADÉS, R, “*Las medidas cautelares...*”, cit. pág. 49.

³⁷ REBOLLO PUIG, M, “*Medidas provisionales en el procedimiento...*”, cit. pág. 664.

³⁸ CHINCHILLA MARÍN, C, “*Potestad sancionadora de las administraciones públicas*”, en PENDÁS GARCÍA, B (coord.), “*Administraciones Públicas y Ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)*”, Praxis, Barcelona, 1993, pág. 783.

Como tarea menos complicada se presentaría la exigencia de fianza o caución -a la que hemos hecho referencia anteriormente- al solicitante de la medida provisional, en los supuestos en que está hubiera sido solicitada a instancia de parte.³⁹

No obstante lo expuesto, nos volveríamos a encontrar con el problema ya expuesto de la inadecuada utilización de la indemnización como elemento de reparación satisfactorio de los perjuicios ocasionados por determinadas medidas provisionales.

La jurisprudencia, por el contrario, se ha pronunciado favorablemente sobre la reparabilidad de cualquier tipo de daño derivado de la adopción de una medida provisional.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dispone: “[...] teniendo la medida recurrida y la resolución en que fue adoptada, la suficiente motivación, conforme a lo prevenido en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común, por cuanto contiene una sucinta referencia a los hechos que la motiva y los fundamentos legal y reglamentario en que se sustenta, no siendo, en fin, la medida de las prevenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo Común, como pretende la recurrente, por cuanto los posibles perjuicios que de la misma puedan derivar para la interesada serían perfectamente indemnizables en su caso, siendo buena prueba de ello las acciones ejercitadas en tal sentido por la recurrente tanto en este procedimiento como en otro seguido también ante esta sala”.⁴⁰

Ahora bien, si la adopción de una medida provisional, puede ocasionar un daño irreversible a quien la soporta, la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva exigiría que la legalidad de esa decisión administrativa sea enjuiciada por un órgano judicial pudiendo este acordar la suspensión de dicha medida.⁴¹

³⁹ La caución o fianza suele ser en estos casos la medida de contracautela más frecuente, configurada como carga y condición imprescindible para la eficacia de la medida adoptada. Es más, en determinados supuestos “[...] la aportación de caución suficiente es presupuesto de esta suspensión automática, siendo la caución lo que justifica la suspensión”. GONZÁLEZ PERÉZ, J y TOLEDO JÁUDENES, J, *“Comentarios al Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas”*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 1062.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 25 de marzo de 1998.

⁴¹ CHINCHILLA MARÍN, C, *“Potestad sancionadora de las administraciones públicas”*, cit, pág. 792. “[...] existe un deber correlativo de la Administración de no frustrar el ejercicio de ese derecho adelantando la ejecución del acto con medidas ejecutivas o pre-ejecutivas que tengan efectos de imposible o difícil reparación. Por ello pienso que el interesado no sólo podrá impugnar esas medidas que he denominado pre-ejecutivas y que, junto con las medidas provisionales de la LAP, podrán llegar a vaciar de contenido el derecho fundamental a que tanto la legalidad como la ejecutividad de la sanción sean revisadas por los tribunales”.

De ahí que la denegación de la solicitud de suspensión de las medidas adoptadas no se considere contraria a la tutela judicial efectiva.⁴²

Finalmente destacar que una vez apreciada la necesidad de una medida provisional, ésta no necesita ya ser motivada en términos de excepcionalidad, como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 22 de febrero de 2002.⁴³

Por lo tanto, podemos concluir, que la adopción de medidas provisionales deberá acordarse realizando una ponderación adecuada de todos los intereses implicados en el procedimiento, teniendo siempre presente que la administración no puede acordar la adopción de medidas provisionales que causen perjuicios de difícil o imposible reparación, teniendo que valorar los daños que puedan causar la adopción de las mismas al sujeto pasivo que ha de soportarlas.

Aquí hablamos de la responsabilidad de la administración, no porque el particular se halle exento de la misma, sino porque la propia administración ostenta un *privus* sobre la otra parte, que solo puede optar por una medida de contracautela, la fianza.

5.2 PERICULUM IN MORA.

El *periculum in mora* o el peligro por la mora procesal tiene su razón de ser en la demora temporal que conlleva la tramitación del proceso en que se solicita la adopción de la medida; pues desde su inicio hasta que se resuelve el asunto definitivamente transcurre un espacio de tiempo por los plazos procesales para la práctica de las sucesivas actuaciones que componen el proceso, lo que se traduce en la posible frustración del proceso por el tiempo que transcurre hasta la resolución del mismo.⁴⁴

De tal forma que, aunque los órganos administrativos o jurisdiccionales fueran sumamente diligentes en su actuación, sería inevitable el transcurso de un lapso de tiempo entre la solicitud, la adopción de la medida cautelar y la decisión final del proceso en que se adopta, lo que determina la concurrencia de un peligro sobre la pretensión deducida.

⁴² Vid, Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de julio de 1997.

⁴³ Vid, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de 22 de febrero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única, (rec. 167/1997).

⁴⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de junio de 2006, rec. 830/2005.

Lapso de tiempo que puede suponer un riesgo para la efectividad del resultado del mismo, que de producirse convertiría en ilusoria la legítima expectativa de quien acude a los tribunales con la esperanza de ver satisfechos los intereses que se discuten en juicio.

La importancia del *periculum in mora* como presupuesto para la adopción de medidas cautelares se recoge expresamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así, en su Sentencia de 29 de abril de 1993⁴⁵, se afirma que “el requisito más importante para que una medida cautelar sea adoptada, es que exista un riesgo real de que, mientras se sustancia el proceso de declaración, el demandado pueda intentar maniobras fraudulentas que pongan en peligro o hagan imposible una futura ejecución”.

De igual modo se recoge este principio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así, en su Sentencia de 18 de noviembre de 2003⁴⁶, concluye el Alto Tribunal “que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad”.

En la misma línea, conforme a una consolidada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, advertida en la sentencia de 22 de julio de 2002 (rec. 3507/1998), que se transcribe en el Auto de 16 de julio de 2004 (rec. 46/2004), la razón de ser de la justicia cautelar, en el proceso general, se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso.⁴⁷

Por ello, según las indicadas sentencias, el *periculum in mora* forma parte de la esencia de la medida cautelar, y el artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción especificaba como uno de los supuestos en que procede la adopción de ésta el que “la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 148/1993 de 29 de abril, Sala Segunda.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de noviembre de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2, (rec.5725/2001)

⁴⁷ Auto del Tribunal Superior de Justicia de Zaragoza, 3 de marzo de 2017.

Por lo tanto, será necesario un juicio de ponderación que revele que resulta procedente la estimación de un interés particular cuyo sacrificio pueda justificar la medida cautelar, siendo este criterio de ponderación de los intereses complementario al de la pérdida de la finalidad legítima del recurso para la adopción de medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa.

De este modo, la Sentencia de 7 de junio de 2004 declara que el criterio de ponderación de intereses concurrentes es complementario al de la pérdida de finalidad legítima al recurso, de manera que al juzgar sobre la procedencia de la medida cautelar, se debe ponderar ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la medida según el grado en que el interés público esté en juego, por lo que, en la pieza de medidas cautelares, han de tomarse en consideración las circunstancias de cada caso y los intereses en juego, de modo que cuando las exigencias de ejecución que el interés público presente sean tenues, bastaran perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión, mientras que de otro lado, solo aquellos perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto o de la norma.

Asimismo, resulta necesario destacar las Sentencias de 8 de julio de 2003 y 22 de junio de 2004, las cuales señalan que el *periculum in mora* según su configuración tradicional en lo que se traduce es en la necesidad de que, al menos indiciariamente, se constate que la ejecución del acto administrativo objeto de impugnación pueda tener una incidencia lesiva sobre los intereses o derechos del recurrente, de tal entidad o naturaleza que, en el supuesto de que la impugnación jurisdiccional tuviera éxito, el resultado procesal obtenido resultare inútil para reparar de manera satisfactoria la lesión producida.

Es decir, que ese juicio de intereses lo que descubre es que, para que resulte procedente la estimación de un interés particular cuyo sacrificio pueda justificar la medida cautelar, será necesario que su importancia sea contrastada con la de los intereses públicos presentes en la actuación administrativa impugnada y que en esa discusión acerca de la actuación impugnada se advierta una dimensión superior en el interés del particular.

En definitiva, en el momento previo de la adopción de la medida cautelar, habrán de ponderarse los diferentes intereses en conflicto, ya sean estos públicos o particulares, así como las consecuencias derivadas de una u otra postura para la causa pública y los intereses

particulares, teniendo siempre en cuenta las circunstancias que concurren en cada caso⁴⁸, y siempre partiendo de la relación instrumental existente entre la medida cautelar y el derecho fundamental a la obtención de la tutela judicial efectiva, en el sentido de un daño o perjuicio impeditivo o gravemente obstaculizador del efecto útil de una sentencia estimatoria de las pretensiones del recurrentes.⁴⁹

5.3 APARIENCIA DEL BUEN DERECHO.

La doctrina del *fumus boni iuris* o apariencia del buen derecho no puede entenderse de otra forma sino acudiendo a sus orígenes, respecto de los cuales, resulta obligado mencionar el Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990, respecto al cual, el Tribunal Supremo, tras reconocer los estrechos límites del artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción de 1956, procedió a su reinterpretación expansiva al amparo del expreso reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva reconocido en la propia constitución (artículo 24), derecho que implicaba el derecho a una tutela cautelar.

El Tribunal recuerda que la fuerza expansiva del citado artículo y su eficacia rompedora de toda irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos, como el de la presunción de validez de los actos administrativos, viene impuesta por ese principio general del Derecho Comunitario a que aluden las Conclusiones del Abogado General en la Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990 (TJCE 1990/12), principio que implícitamente hace suyo el propio Tribunal, y que se resume en que “la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”.⁵⁰

Este principio general de derecho, obliga a impedir los abusos que pueden seguirse del llamado privilegio de autoejecución, impidiendo que el poder público pueda parapetarse en él cuando en un supuesto de hecho concreto, lo que se advierte *prima facie*, sin que ello suponga prejuzgar el fondo del pleito principal, es una apariencia de buen derecho. Y esta apariencia, aun siendo solo eso, basta en un proceso cautelar para otorgar la protección provisional solicitada.

⁴⁸ Auto del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1997 (Roj: ATS 6246/1997).

⁴⁹ Autos del Tribunal Supremo de 8 y 16 de julio de 1997, 6 de octubre de 1997, 10 de octubre de 1997 y 25 de noviembre de 1997.

⁵⁰ ARNALDO ALCUBILLA, E y FERNÁNDEZ VALVERDE, R, “Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”. Editorial Wolter Kluwer España, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Las Rozas/Madrid, 2007. pág. 1100.

Concluye el Alto Tribunal que una armónica interpretación de la dispersa regulación de las medidas cautelares en nuestro derecho positivo nacional permitía descubrir que aquel principio del Derecho Comunitario estaba ya latente en nuestro ordenamiento, y cita al respecto el artículo 116 de la Ley del Procedimiento Administrativo de 1958, en conexión con el artículo 72 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, relativo a las medidas cautelares, donde se decía que estas tenían por finalidad “asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer”, el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece que se acordara la suspensión de los actos impugnados cuando la ejecución “hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad”, y el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en la redacción dada por la Ley de 6 de agosto de 1984, que prevenía la adopción de aquellas medidas cautelares “que fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia en el juicio que recayere”.

Ensamblando todos estos preceptos a través de ese mecanismo articulador que es el principio de tutela judicial efectiva, el Tribunal llega a la conclusión de que contra lo que una estrecha interpretación del artículo 122 de la LJ de 1956 parece postular, nuestro derecho nacional, alberga ya en su seno, ese derecho a la tutela cautelar, que está inserto en aquel. Lo que, visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la administración como los tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial).

La “nueva matriz teórica” suponía una nueva manera de ver y entender las cosas, concretamente, una nueva forma de interpretación del artículo 122.2 LJCA que le permite despojarse de la rígida lectura que hasta entonces venía atribuyéndose al mismo y que tiene como consecuencia directa la manifestación de ese derecho a una tutela cautelar, de esa apariencia de buen derecho que había permanecido oculta en nuestro ordenamiento y que a partir de ahora se hace patente. Todo ese conjunto normativo descrito ha manifestado -como se ha dicho con anterioridad- la existencia en nuestro derecho nacional de un principio general según el cual “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien tiene razón”.

En un primer momento, este principio, se constituyó como un requisito de carácter negativo para integrar las perspectivas mínimas indispensables de buen éxito que debe reunir la pretensión principal a la que accesoriamente esta ligada la pretensión cautelar, pues mientras el ejercicio de la acción no está sujeta a restricción alguna, por imperativo del artículo 24 CE, el ejercicio de la pretensión cautelar, en cuanto supone en cierto modo la anticipación provisional de una resolución favorable a la pretensión de fondo, exige una justificación, *prima facie* o en apariencia, de su fundamento.

La doctrina del *fumus boni iuris* supuso una gran innovación respecto a los criterios que tradicionalmente venían siendo considerados a la hora de acordar o denegar la suspensión, permitiendo valorar de esta forma y con un carácter provisional las posiciones de las partes y los fundamentos jurídicos de su pretensión a los meros fines de la tutela cautelar.⁵¹

El Tribunal Supremo vino admitiendo este criterio a lo largo de la década de los noventa⁵², sin embargo, una progresiva evolución jurisprudencial⁵³ de esta doctrina ha determinado entre otras consecuencias, que el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho se desdibuje como requisito de carácter negativo (limitándose a casos extraordinarios) y se convierta en un criterio positivo para determinar la procedencia de la medida cautelar.

En este sentido nuestra jurisprudencia advierte que frente a los riesgos de perjuicio (*Dogma von Vorwegnahmeverbot*), la doctrina de la apariencia de buen derecho debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente, pero no al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, es decir, el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, (rec. 607/2015).

⁵² Vid, entre otros, los Autos del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990, 17 de enero de 1991, 23 de abril de 1991, 16 de julio de 1991, 19 de diciembre de 1991, 11 de marzo de 1992, 14 de mayo de 1992, 22 de marzo de 1996 y 7 de junio de 1996.

⁵³ Vid, entre otros, las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2015, 29 de septiembre 2017, 18 diciembre de 2017 y 26 de enero de 2018.

Ahora bien, no hay que olvidar que esta doctrina de lo trata es de permitir valorar la existencia del derecho con carácter provisional. Y esto, porque existen supuestos singulares en los que la apariencia de buen derecho, dentro de los límites en que cabe realizar en la pieza de medidas cautelares, se impone con tal intensidad que si con carácter general la pérdida de la finalidad legítima del recurso es el elemento central de la decisión cautelar, debe ponderarse el posible resultado del asunto principal y el desvalor que representa desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva la ejecución del acto administrativo impugnado.⁵⁴

5.4 PENDENCIA DEL PROCESO PRINCIPAL.

La vinculación o pendencia al proceso principal es una consecuencia típica derivada de la provisionalidad de las medidas provisionales, resultando reforzada dicha provisionalidad por su vinculación al procedimiento principal. De esta manera se expresa el artículo 56 LPAC cuando contempla con carácter general, la posibilidad de adoptar dichas medidas una vez “iniciado el procedimiento”, cumpliendo de este modo, la finalidad última de las medidas provisionales, que reside en la garantía de la eficacia de la resolución final frente a los peligros que puedan aparecer durante el tiempo necesario para la tramitación del procedimiento.⁵⁵

Aunque no faltan voces partidarias de la adopción de medidas provisionales sin vinculación necesaria a un procedimiento principal⁵⁶, lo cierto es que las normas no contemplan esta posibilidad, ni en la vía administrativa ni en el orden contencioso-administrativo.

La vinculación de las medidas provisionales a un procedimiento es una exigencia legal, sin embargo, existen supuestos en los que se permite la adopción de medidas provisionales al margen del procedimiento.⁵⁷ Ahora bien, en los casos en que una medida provisional sea adoptada antes de la iniciación del procedimiento, la posterior incoación del mismo en un breve plazo, resulta condición imprescindible para el mantenimiento de la medida.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, (rec. 1605/2016).

⁵⁵ GONZALÉZ NAVARRO, F, *Derecho Administrativo Español*, tomo II, Eunsa, Pamplona, 1988, pág. 310.

⁵⁶ CALDERÓN CUADRADO, M, *Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares*, la Ley 1999, pág. 1090.

⁵⁷ A este respecto se pronuncia el artículo 56 LPAC en su apartado segundo cuando establece que [...] en los casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar de forma motivada las medidas provisionales que resulten necesarias y proporcionadas.

En definitiva, la vinculación de las medidas provisionales a un procedimiento principal está ligada a la nota de provisionalidad de estas –en el sentido de suplir temporalmente a la resolución que pondrá fin a dicho procedimiento-, por lo que, si desaparece el nexo procedimental, se cuestiona también el carácter provisional de dichas medidas.⁵⁸

Pese a lo expuesto con anterioridad la nota de vinculación a un procedimiento principal no está exenta de particularidades como es el caso de la suspensión de acuerdos o actos locales, que debe de ir seguida de la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En este sentido, sirva como ejemplo, la suspensión de licencias u ordenes de ejecución cuando el contenido de estos actos administrativos constituya manifiestamente una infracción urbanística grave o muy grave.⁵⁹ Esta medida suspensiva es acordada por el órgano local competente en un procedimiento que se agota con la adopción de la misma, por lo que ésta no presenta relación alguna de instrumentalidad con un procedimiento administrativo ni con una resolución administrativa posterior.

El artículo 67 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, constituye otro de estos ejemplos.⁶⁰ En este caso, la suspensión de los acuerdos locales acordada inicialmente por la autoridad gubernativa competente no se orienta a la garantía de una resolución administrativa y, por tanto, no aparece vinculada a un procedimiento administrativo que haya de decidir sobre el fondo.

Sobre esta cuestión se pronuncia CARBONELL PORRAS, al señalar que [...] el artículo 67 plantea distintos problemas tanto en relación con la determinación del supuesto de hecho, el cómputo de los plazos o las medidas que puede adoptar el Delegado del Gobierno, no existiendo, salvo error, jurisprudencia al respecto. Podría pensarse que si en alguna ocasión el Delegado del Gobierno ha requerido a un Presidente de una Corporación Local por la vía prevista en este artículo, el Presidente ha acatado el requerimiento y ha anulado el acuerdo

⁵⁸ MARINA JALVO, B, *Medidas provisionales en la actividad administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 33.

⁵⁹ El artículo 34 del Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, dispone en su apartado primero que “el alcalde dispondrá la suspensión de los efectos de una licencia u orden de ejecución y consiguientemente la paralización inmediata de las obras iniciadas a su amparo, cuando el contenido de dichos actos administrativos constituya manifiestamente una infracción urbanística grave.

⁶⁰ Según este precepto: “Si una entidad local adoptara actos o acuerdos que atenten gravemente al interés general de España, el Delegado del Gobierno, previo requerimiento para su anulación al Presidente de la Corporación efectuado dentro de los diez días siguientes al de la recepción de aquellos, podrá suspenderlos y adoptar las medidas pertinentes para la protección de dicho interés”.

local. Sin embargo, parece más ajustado pensar que, como medida extraordinaria de control, no ha sido empleada, y no parece previsible que lo sea.⁶¹

Cuando la Administración competente para acordar las medidas provisionales carece de potestades resolutorias sobre una materia determinada, la adopción de estas medidas pretende garantizar el posterior pronunciamiento del órgano judicial competente.⁶²

En este caso, la medida provisional adoptada en vía administrativa puede prolongar sus efectos hasta el proceso contencioso-administrativo, tutelando el bien o bienes litigiosos mientras se pronuncian los tribunales.

Lo expuesto hasta ahora pone de manifiesto que el requisito de la vinculación a un procedimiento principal no está exento de matices y que lo esencial a las medidas provisionales es su función instrumental de garantía -en sentido amplio- de la eficacia de una resolución futura. Es decir que, en determinados casos, las reglas procedimentales o de competencia para la adopción de medidas provisionales podrán verse alteradas de forma excepcional en atención a la importancia o singularidad de los bienes a proteger.

6. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES.

6.1 MOMENTO DE ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES.

Como regla general, la adopción de medidas provisionales se encuentra condicionada a la iniciación del procedimiento (artículo 56.1 LPAC). Una vez iniciado el mismo, la necesidad de adoptar medidas provisionales puede ser satisfecha en cualquier momento. En principio, esta regla general a la que hacemos referencia, y que condiciona la adopción de medidas provisionales a la iniciación del procedimiento, puede ser excepcionada.

⁶¹ *El conflicto interadministrativo local: novedades en la LBRL y en la LJCA*, RJ, número extraordinario de 2000 “*La reforma del régimen local*”, pág. 161.

⁶² Esto mismo ocurre cuando la suspensión acordada en vía de recurso administrativo se mantiene hasta el pronunciamiento judicial sobre la ejecutividad del acto impugnado. En este sentido, el artículo 117 de la LPAC, establece en su apartado segundo [...] el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado [...], y en su apartado cuarto, cuando dice que [...] la suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa cuando, habiéndola solicitado previamente el interesado, exista medida cautelar y los efectos de esta se extiendan a la vía contencioso-administrativa.

En la LRJPAC, esta excepción era satisfecha en los supuestos previstos expresamente por una norma con rango de ley, en los que era preciso atender con urgencia la protección provisional de los intereses implicados.⁶³

Sin embargo, la previsión del artículo 72.2 de la LRJPAC, no constituía una novedad en sí misma, puesto que la adopción de medidas provisionales previas a la iniciación del procedimiento ya aparecía contemplada por distintas normas sectoriales.⁶⁴

En cualquier caso, el mantenimiento de la eficacia de dichas medidas quedaba condicionado a la incoación del procedimiento en los quince días siguientes a su adopción, por lo tanto, si dicho procedimiento no se iniciaba en el plazo establecido o el acuerdo de iniciación omitía pronunciarse sobre las medidas previamente acordadas, éstas quedaban sin efecto.⁶⁵

En la actualidad, con la promulgación de la nueva ley del procedimiento administrativo, ya no resulta necesario que la adopción de las medidas provisionales antes de iniciarse el procedimiento cumpla con el requisito que anteriormente se exigía, esto es, que el supuesto se encontrará previsto en una norma con rango de ley.

Ahora bien, sigue manteniéndose la exigencia de iniciación del procedimiento en el plazo establecido. De esta manera, se permite que el órgano competente pueda adoptar estas medidas cumpliendo únicamente con el requisito de motivación y respetando en todo caso los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad.

En este sentido CAMPOS ACUÑA⁶⁶ señala que esta motivación también es exigida por el artículo 35.1.d LPAC, de manera que, si bien su exigencia expresa es una novedad de la LPAC, realmente antes también se entendía que debía realizarse la misma por la posible afectación a derechos e interés de las personas puesto que solo con la debida motivación se

⁶³ Así lo disponía, el artículo 72.2 de la LRJPAC, en su redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁶⁴ Sirva como ejemplo, el Real Decreto 1378/1985, de 1 de agosto, sobre medidas provisionales para la actuación en situaciones de emergencia en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública.

⁶⁵ Vid, artículo 50, de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, “Excepcionalmente, en los supuestos de amenaza inminente para personas o bienes, las medidas provisionales previstas en el apartado 2 del presente artículo podrán ser adoptadas por las autoridades competentes en materia de protección civil con carácter previo a la iniciación del procedimiento, debiendo ser ratificadas, modificadas o revocadas en el acuerdo de incoación en el plazo máximo de quince días. En todo caso, estas medidas quedarán sin efecto si, transcurrido dicho plazo, no se incoa el procedimiento o el acuerdo de incoación no contiene un pronunciamiento expreso acerca de las mismas”.

⁶⁶ Doctrina que forma parte del libro “*Comentarios a la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*”, edición n.º.1, El Consultor de los Ayuntamientos.

puede “verificar la concurrencia de los presupuestos para la adopción de la medida y las razones que condujeron al órgano competente para acordar la medida concreta adoptada, o la denegación de las solicitadas”.⁶⁷

LA ADOPCIÓN MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS AL INICIO DEL PROCEDIMIENTO.

Según lo establecido en el apartado 2 del artículo 56 de la LPAC: “Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente para iniciar o instruir el procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar de forma motivada las medidas provisionales que resulten proporcionadas y adecuadas”.

El contenido del citado precepto responde a la lógica de los supuestos de urgencia,⁶⁸ es decir, a la existencia de una situación caracterizada de urgencia, que no es privativa de las medidas provisionales previas al procedimiento, puesto que la adopción de las mismas una vez iniciado el procedimiento también debe de ampararse en motivos de urgencia.

En caso contrario, esto es, cuando se no apreciase tal urgencia, no habría ningún problema en esperar hasta la resolución final sin necesidad alguna de acordar medidas provisionales, por lo tanto, serán aquellas situaciones de especial o excepcional urgencia las que autoricen la adopción de medidas provisionales previas a la iniciación del procedimiento.

En este sentido, afirma LÓPEZ ÁLVAREZ: “[...] que la urgencia no debe entenderse como un concepto autónomo sino en relación estricta con los intereses implicados. Es, pues, el presupuesto habilitante para la adopción de las medidas de forma que no podrán adoptarse aquellas que por su contenido y de manera evidente no guarden relación alguna, ni directa ni indirecta, con la situación que se trate de afrontar, ni muy especialmente aquellas que no modifican de manera instantánea la situación existente, pues de ellas difícilmente podría predicarse la justificación de la urgencia. En todo caso, estas circunstancias urgentes que habilitan la adopción de la medida, habrán de constituir el objeto inmediato y directo de la necesaria motivación del acto administrativo por el que se acuerden, no bastando a tales efectos la sola remisión al concepto mismo de urgencia, sino que deberá exigirse que las

⁶⁷ Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 5 de marzo de 2015, sobre el Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁶⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, V, *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996.

circunstancias de hecho concurrentes sean susceptibles de calificación en tal concepto jurídico indeterminado atendiendo a los intereses públicos o privados en presencia”.⁶⁹

En idénticos términos se pronuncia MESEGUER YEBRA sobre la urgencia “[...] junto con la protección de los intereses implicados, como uno de los dos elementos justificantes que motivan la adopción de la medida pre-procedimental. Comúnmente será el interés general el que anime la actuación administrativa, pero como avanzamos antes, no parece existir obstáculo alguno para que éste sea un interés particular (no olvidemos que la medida puede ser solicitada a instancia de parte), siempre que la apariencia de buen derecho detecte una necesidad digna de mayor protección”.⁷⁰

La urgencia descrita, además de posibilitar la adopción de medidas provisionales en un momento anterior a la iniciación del procedimiento, justifica igualmente la posible alteración de la competencia ordinaria para la adopción de este tipo de medidas⁷¹, es decir, que el artículo 56.2 de la LPAC, no concreta cual es el órgano competente a tal efecto. Por lo tanto, será la regulación sectorial la que determine la competencia para adoptar estas medidas, pudiendo corresponder al órgano competente para iniciar el procedimiento, al órgano competente para resolver o a otros agentes o autoridades. De igual modo, podrá verse alterada esta competencia -por motivos de urgencia- en determinados supuestos, aún cuando el procedimiento ya haya sido iniciado.

Por ejemplo, el artículo 30 de la Ley 7/2006, de 2 de octubre, de espectáculos públicos y actividades recreativas de la Comunidad de Castilla y León, dispone que: “los órganos competentes podrán adoptar las medidas provisionales previstas [...] cuando sea urgente su adopción por existir grave riesgo en personas y bienes y con el fin de garantizar la protección provisional de los intereses implicados”.

Asimismo, el artículo 77 de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal, establece que: “Las autoridades competentes y, en su caso, los inspectores acreditados podrán adoptar, de forma motivada, por razones de urgencia o necesidad, medidas provisionales de carácter cautelar, si de las actuaciones preliminares realizadas en las actuaciones de inspección o

⁶⁹ SALA SANCHÉZ, P, cit, pág. 381.

⁷⁰ *Tutela cautelar y medidas provisionales previas al procedimiento administrativa*, Revista La Ley, núm. 4809, 1999, pág. 2014.

⁷¹ Tratándose de medidas provisionales acordadas ya iniciado el procedimiento, la competencia para su adopción corresponde al órgano competente para resolverlo (artículo 56.1 de la LPAC).

control se dedujera la existencia de un riesgo inmediato de aparición o propagación de una enfermedad epizootica, o la existencia de un riesgo cierto y grave para la salud pública o animal”.

Fuera de los supuestos de urgencia, la competencia del órgano para resolver (artículo 56.1 LPAC) no es siempre la regla general en la adopción de medidas provisionales. A este respecto, sirve como ejemplo, el artículo 33 del Real Decreto 33/186, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, “Iniciado el procedimiento, la autoridad que acordó la incoación podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer”.

Como ya hemos advertido antes, este régimen específico de las medidas acordadas en caso de urgencia se completa con la advertencia sobre la necesidad de que el procedimiento sea iniciado dentro de los quince días siguientes a la adopción de aquellas, momento procesal oportuno para la confirmación, modificación o levantamiento de dichas medidas.⁷²

La falta de iniciación del procedimiento o del pronunciamiento sobre la continuidad de las medidas acordadas determinara en todo caso la pérdida de vigencia de éstas. Pero si transcurrido este plazo de caducidad, la administración no pone fin a la eficacia de las medidas acordadas, el interesado deberá solicitar el levantamiento de las mismas.

En general, este tipo de previsiones sobre la vigencia de las medidas adoptadas en situaciones excepcionales, contempladas por numerosas normas, responden a la consideración de que, transcurrido un cierto tiempo, no hay obstáculo para que puedan ser tomadas las medidas adecuadas por los órganos habitualmente competentes y siguiendo el procedimiento ordinario.⁷³ Y aunque la LPAC no lo establece de modo expreso, las medidas acordadas en circunstancias extraordinarias deberán ser alzadas o modificadas en el mismo momento en que desaparezca el peligro para los intereses implicados o se alteren las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción, sin esperar a agotar el plazo señalado por la ley.⁷⁴

⁷² Vid, artículo 56.2 de la LPAC.

⁷³ ÁLVAREZ GARCÍA, V, cit, pág. 471.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 3 de junio de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, (recurso 839/2004).

Como ya se ha ido avanzando con anterioridad, es en este momento previo a la iniciación del procedimiento, donde la ley ha introducido más novedades. Anteriormente, el artículo 72.2 LRJPAC, condicionaba la posibilidad de adoptar esas medidas provisionales previas a la iniciación del procedimiento, a la existencia de una previsión legal específica en tal sentido.

Según lo descrito, fuera de los supuestos de habilitación expresa y salvo que la legislación sectorial contemplará agotadoramente todos los supuestos en los que la adopción de este tipo de medidas resultase necesaria, parece que no habría forma de atender a la protección provisional de los intereses en peligro.

En opinión de González Pérez, J; González Navarro, F; y González Rivas, las medidas “provisionalísimas” estaban ya admitidas por la jurisprudencia sin la limitación -norma legal habilitante y previa- que, equivocadamente introducía la Ley 4/1999.

En apoyo de esta afirmación, y de forma coherente con su postura favorable a la extensión de la doctrina sobre la tutela cautelar judicial a las medidas provisionales acordadas por la administración, citan el ATS de 2 de noviembre de 1993, señalando que [...] la tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, “efectiva” y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del Poder Judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derechos cuya protección se demanda [...] ⁷⁵

De esta manera, al limitar la adopción de medidas provisionales previas a la iniciación de un procedimiento a los supuestos previstos expresamente por una norma con rango de ley, cabría pensar que lo que el artículo 72.2 de la LRJPAC pretendía es que fuera el legislador sectorial quien dispusiera dicha posibilidad y ello en función de las necesidades propias de cada ámbito material regulado.

En la actualidad, con la promulgación de la nueva ley del procedimiento administrativo, ya no resulta necesario que la adopción de las medidas provisionales antes de iniciarse el procedimiento cumpla con el requisito que anteriormente se exigía, esto es, que el supuesto se encontrará previsto en una norma con rango de ley.

⁷⁵ GONZALEZ PERÉZ, J-GONZALEZ NAVARRO, F, cit, pág. 396.

Por lo tanto, se permite que el órgano competente pueda adoptar estas medidas cumpliendo únicamente con el requisito de motivación y respetando en todo caso los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad, es decir, que se sustituye el requisito de la previsión legal por el de la motivación y el respeto a los principios.

Ahora bien, en la medida en que la imposición de una sanción no protege de forma directa o inmediata los intereses implicados, pues el castigo en que consisten no trata de realizar de forma directa e inmediata el interés público presente en el comportamiento que la ley prevé como supuesto de hecho de la infracción, sino que esa finalidad sólo se consigue de forma indirecta o mediata a través del efecto desalentador o disuasorio propio del mal o del perjuicio en que consiste, puede concluirse que no cabe la adopción de medidas provisionales antes de iniciar un procedimiento destinado únicamente a imponer una sanción.⁷⁶

6.2 LA AUDIENCIA PREVIA AL INTERESADO.

El artículo 56 LPAC -como ya ocurría con el artículo 72 LRJPAC- no hace referencia alguna respecto de la necesidad de observar un trámite de audiencia en la adopción de las medidas que el mismo contempla. En este punto, la falta de elementos de juicio necesarios no permite valorar, si esta omisión de mención de la audiencia previa constituye un propósito decidido del legislador o bien, un mero olvido de éste.

En ocasiones, la normativa sectorial, se ha preocupado de asegurar la observancia del trámite de audiencia, de forma previa a la adopción de la medida provisional⁷⁷, si bien, también admite con frecuencia, la posibilidad de posponer dicho trámite a un momento posterior a la adopción de la medida, so pena de pérdida de utilidad de ésta.⁷⁸

En este sentido, el artículo 82 LPAC, -como ya ocurría con el artículo 91 LRJPAC- configura el trámite de audiencia con carácter esencial e inexcusable, pero una vez instruidos los expedientes e inmediatamente antes de la propuesta de resolución. Ahora bien, no se puede ignorar que, en la mayoría de los casos, si los interesados no tienen la oportunidad de alegar

⁷⁶ CANO CAMPOS, T, “*La vuelta del administrado*” en LAGUNA DE PAZ, J.C, SANZ RUBIALES, I, DE LOS MOZOS Y TOUYA, M.I (coords), “*Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudios en homenaje al Profesor José Luis Martínez López-Muñiz*”, Tomo II, Reus, Madrid, 2017, pág. 931.

⁷⁷ Vid, artículo 27.3 de la Ley 10/2017, de 27 de diciembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas de Galicia “Las medidas se adoptarán [...] previa audiencia a las personas interesadas”.

⁷⁸ Vid, artículo 31.1 de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

su conveniencia con carácter previo a la adopción y ejecución de la medida provisional, la eficacia de las alegaciones posteriores puede quedar comprometida.

En la jurisprudencia, y en ausencia de pronunciamiento legal al respecto, es posible encontrar pronunciamientos muy distintos sobre esta materia. Por lo general, se sostiene la necesidad de que el interesado pueda realizar alegaciones previas a la ejecución de la medida proyectada, cuando no existan elementos de juicio suficientes que permitan decidir sobre la oportunidad de dicha medida.⁷⁹ Sin embargo, en la mayoría de ocasiones, los tribunales justifican esta ausencia del trámite de audiencia previo a la adopción de la medida, por entender, entre otras cosas⁸⁰, que la observancia del mismo restaría eficacia a la medida provisional finalmente acordada⁸¹, mientras que los derechos de defensa pueden ser satisfechos en un momento posterior del procedimiento.

Esta línea jurisprudencial no es más que un fiel reflejo de la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional⁸² y del Tribunal Supremo que exige que la indefensión tenga un contenido material y no meramente formal.⁸³

Por lo tanto, para acreditar la indefensión material, debe de quedar suficientemente acreditado -y de manera efectiva- que la imposibilidad de alegar y probar ha ocasionado al interesado un desamparo real. Es más, según esta línea doctrinal, incluso cuando nos encontrásemos ante un procedimiento sancionador, no existiría indefensión, cuando la ausencia inicial de audiencia haya quedado subsanada con posteriores oportunidades de defensa en vía administrativa y judicial.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2000, dispone que: “[...] la posibilidad de adopción de medidas cautelares sin oír previamente a la persona a la que afectan, no vulnera, en sí misma, aquellos derechos constitucionales, pues encuentra justificación en su propia naturaleza, ante hipótesis no descartable de situaciones urgentes en que sea necesaria

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1991, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

⁸⁰ La Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 1994, de la Sala Segunda, negó que las medidas provisionales de clausura de las empresas de televisión por cable dictadas -sin observar el trámite de audiencia- por la administración vulnerasen el artículo 24 de la CE.

⁸¹ Vid, Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, (rec. 2757/1993) y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 12 de noviembre de 2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, (rec. 244/2003).

⁸² Vid, STC 118/1983, de 13 de diciembre; STC 48/1986, de 23 de abril; STC 102/1987, de 17 de junio; STC 155/1988 de 22 de julio; y STC 145/1990, de 1 de octubre.

⁸³ Vid, Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 1999, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, (rec. 4611/1996) y la Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de marzo, de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.

su adopción para prevenir la lesión de los bienes jurídicos en peligro salvaguardándose los referidos derechos en los trámites procedimentales posteriores, en donde deben ser satisfechos los principios de presunción de inocencia y de proscripción de la indefensión”.⁸⁴

De igual manera, no faltan supuestos en los que se entiende que las circunstancias del caso hacen innecesaria la observancia del trámite de audiencia al interesado. Cabe citar al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1999, la cual pone de manifiesto que: “[...] tratándose de una resolución cautelar y provisionalísima ante una situación de peligro constatada, y por ello no solo estaba justificada la medida, de acuerdo, entre otros, con la Ordenanza de Protección de Incendios de 1976, sino que la intervención o audiencia del interesado poco podía añadir a tal realidad, sin olvidar que, si en ese momento, estaba destruida por el incendio la nave destinada al proceso de fabricación de detergentes, el cese de la actividad devenía por ello obligado, lo hubiera acordado o no el ayuntamiento [...]”

Asimismo, la Sentencia de 4 de marzo de 2003, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, “sostiene la innecesaridad del trámite de audiencia al interesado en el supuesto de que existan elementos de juicio suficientes para adoptar la medida provisional en cuestión”.⁸⁵

No obstante, la jurisprudencia ha venido exigiendo de forma ocasional, la exigencia de este trámite de audiencia en los procedimientos sancionadores. Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2008 “[...] al no ser automática la medida cautelar y comportar la alteración de una situación de hecho, el afectado por la misma debió ser previamente oído, dándole la oportunidad de aportar las pruebas tendentes a demostrar la improcedencia de la misma o los perjuicios que le pudiese causar. La necesaria audiencia previa aparece directamente relacionada con el deber de motivar la medida, que solo por razones de inaplazable urgencia cabría adoptar inaudita parte, pero siempre mediante explícita justificación [...]”.⁸⁶

⁸⁴ Vid, Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de noviembre de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª (rec. 334/2000).

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 4 de marzo de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª (rec. 50/2001).

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de julio de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, (rec. 5357/2004).

En la misma línea se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012, que reitera lo establecido por la STS 15 de julio de 2008, añadiendo lo siguiente: “Consiguientemente, la adopción de la medida provisional inaudita parte requiere una específica motivación que exteriorice no solo la procedencia de la medida y su justificación desde la perspectiva de salvaguardia del interés general y la protección de los bienes jurídicos concernidos, sino también la necesidad de prescindir del trámite de audiencia por existir una situación de inaplazable urgencia, esto es de emergencia, que exige la adopción inmediata e inaplazable de la medida provisional, pues, si no existe esa situación de emergencia, lo procedente es oír a la parte afectada antes de acordar una medida provisional que al fin y al cabo repercutirá desfavorablemente sobre su esfera de intereses personales y patrimoniales.

En una materia como la sancionadora, en la que tan importante resulta salvaguardar las garantías inherentes al derecho de defensa, la posibilidad de eludir este trámite de audiencia previa debe ser valorada y aplicada, pues, de forma restrictiva y rigurosamente justificada”.⁸⁷

Por lo tanto, entendemos, que salvo aquellos supuestos excepcionales en los que la observancia de dicho trámite sea inviable o condicione o comprometa el fracaso de la medida contemplada, deberá respetarse el trámite de audiencia con carácter previo a la adopción de medidas provisionales. Debería observarse el trámite incluso en aquellos casos de especial urgencia en los que la rapidez en la adopción de la correspondiente medida provisional no perjudica o no resulta incompatible con el respeto al trámite de audiencia previa, que en su caso, puede desarrollarse en un plazo de tiempo inferior al habitual.

En este sentido, la Ley 3/2017, de 5 de abril, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Cantabria, dispone la observancia del trámite de audiencia previa en todo caso, incluso en los supuestos de urgencia o de protección de los intereses provisionales de los implicados. Según el artículo 45.5 de esta ley “[...] Las medidas provisionales previas serán acordadas mediante resolución motivada, previa audiencia del interesado por un plazo de diez días. En caso de urgencia, debidamente justificada, el plazo de audiencia quedará reducido a dos días.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, (rec. 1501/2008).

No obstante, cuando se aprecie peligro inminente para la seguridad de las personas o grave riesgo para la salud pública por las condiciones de salubridad e higiene de los establecimientos públicos e instalaciones, podrán adoptarse las medidas provisionales sin necesidad de la citada audiencia previa.⁸⁸ Esta práctica, además de salvar una elemental garantía procedimental, permitiría ahondar en la suficiencia de elementos de juicio a los que hace referencia el artículo 56.1 LPAC. De este modo, el trámite de audiencia sería útil para permitir la exacta identificación de los intereses en juego y también para evitar daños de difícil reparación a los derechos o intereses legítimos del sujeto pasivo de la medida.

En este sentido, CIERCO SEIRA señala, que la intervención de los interesados afectados en la tramitación de un procedimiento no solo viene exigida por el principio de contradicción, sino que es también una exigencia de los principios de eficacia y eficiencia o, dicho con otras palabras, del principio de buena administración.⁸⁹

Con carácter general, no parece que exista inconveniente insalvable para que se otorgue al interesado la posibilidad de alegar antes de que se acuerde la iniciación del procedimiento.

Asimismo, considerando que una notoria proporción de las medidas provisionales son acordadas en el marco de un procedimiento sancionador, las actuaciones previas que preceden a dicho procedimiento podrían resultar de gran ayuda al permitir a los sujetos investigados la oportunidad de alegar sobre las posibles medidas provisionales a adoptar en el posterior acuerdo de iniciación del procedimiento.

Respecto de estos últimos, el trámite de audiencia resultaría muy útil para evitar que la adopción de tales medidas vulnerara los derechos de los interesados o pudieran ocasionarles perjuicios de difícil o imposible reparación (artículo 56.4 LPAC).

En definitiva, no observo razón alguna por la que el trámite de audiencia sea ignorado de esta forma por el legislador, desaprovechando la oportunidad de incluir la exigencia del mismo en el régimen de las medidas provisionales, ya sea con carácter previo a su adopción -como regla general- o con posterioridad a la adopción de la misma si razones de urgencia

⁸⁸ En el mismo sentido se pronuncia el artículo 62.3 de la misma Ley Cantabria.

⁸⁹ CIERCO SEIRA, C, *“La nueva regulación del derecho de audiencia en los procedimientos administrativos comunitarios vinculados a la protección de la competencia (a propósito del Reglamento CE núm. 2842/98 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1988 relativo las audiencias en determinados procedimientos en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE)”*, RAP, núm. 155, 2001, pág. 253 y ss.

inaplazable impiden o desaconsejan observar este trámite antes de acordar la medida correspondiente.

6.3 PROPORCIONALIDAD.

De acuerdo con el artículo 56.1 LPAC, una vez iniciado el procedimiento, las medidas provisionales se adoptarán de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad. Sin embargo, en el segundo apartado del mismo artículo, también se dispone, que antes de la iniciación del procedimiento administrativo, se podrán adoptar las medidas provisionales que resulten necesarias y proporcionadas.

Una mera lectura a estos preceptos, nos permite apreciar como novedad, la mención de unos principios rectores y de una serie de características que deberán revestir las medidas provisionales a la hora de su adopción, y que no se recogían con anterioridad, puesto que el artículo 72 LRJPAC no incluía ninguna de estas menciones.⁹⁰

Ahora bien, con anterioridad a la promulgación de la LPAC, la jurisprudencia, ya en algunas ocasiones, se había pronunciado al respecto sobre los principios mencionados. En este sentido, el Tribunal Constitucional, interpretó en la década de los ochenta, que el respeto de la presunción de inocencia en los procedimientos sancionadores exigía la aplicación del principio de proporcionalidad en la adopción de medidas provisionales.⁹¹

El derecho a la presunción de inocencia que se encuentra recogido en el artículo 24.2 de la Constitución Española, “[...] exige que las medidas cautelares que afecten a la libertad personal o supongan una restricción de la libre disponibilidad de los bienes se fundamenten en un juicio acerca de su razonabilidad para la consecución de la finalidad propuesta, en atención a las circunstancias concurrentes, cuando la decisión del juez o tribunal no tiene carácter reglado”.

⁹⁰ En cuanto a la exigencia del requisito de proporcionalidad, a juicio de COLOM PIAZUELO, esta se encontraba ya establecida con carácter general en el artículo 53.2 (en la actualidad, artículo 34.2 de la LPAC), Vid, “*Artículo 72. Medidas Provisionales*”, en SÁNCHEZ MORÓN, M y MAURANDI GUILLÉN, N, “*Comentarios a la Ley 30/1992*”, Lex Nova/Thomson Reuters, 2013, pág. 486.

⁹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1984, de 26 de noviembre “[...] en definitiva, la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en derecho, que cuando no es reglada ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso”.

La doctrina de esta sentencia y de las citadas, resulta aplicable a las medidas provisionales no regladas adoptadas en los procedimientos sancionadores, que inciden sobre la libertad personal o la libre disponibilidad de los bienes.⁹²

En la misma línea se pronuncia el Tribunal Supremo al señalar que “[...] la administración ha de respetar en la adopción de tales medidas los principios de proporcionalidad, justificación, y adecuación a su finalidad, debiendo ser decidida la tutela cautelar de la efectividad del eventual resultado del procedimiento administrativo en función de una mera valoración indiciaria de la importancia que presenten los concretos intereses en conflicto”.⁹³

Sin perder de vista, que el principio de proporcionalidad debe inspirar la normativa del régimen sancionador, así como la actividad sancionadora de las administraciones públicas, se pretende también la aplicación de dicho principio a la adopción de medidas provisionales en los procedimientos sancionadores, con el fin de evitar que la situación del expedientado no resulte aún más agravada. Tanto es así que, incluso, se predica el carácter excepcional de determinadas medidas provisionales como la suspensión de funciones en los expedientes disciplinarios.

El Tribunal Supremo ha insistido en el carácter excepcional de la suspensión provisional de funcionarios, así, en la Sentencia de 10 de noviembre de 1986, señala que: “[...] la medida cautelar de suspensión administrativa preventiva, adoptada como aneja a un procedimiento disciplinario, delineada en los artículos 116 a 128 del Reglamento de los Funcionarios de la Administración Local, de 30 de mayo de 1952, atribuye al Alcalde de los ayuntamientos una modalidad decisoria informada de un cierto margen de discrecionalidad, que se hace radicar en la apreciación personal de la concurrencia de las circunstancias plasmadas en el citado artículo 116, como se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1980; ahora bien, no puede olvidarse que la suspensión preventiva es una medida precautoria y de excepción, por lo que solo excepcionalmente debe ser adoptada, lo que impide convertirla en norma general e inseparable de todo expediente administrativo y, por lo tanto, para acomodarse ese acto a la legalidad se exige que esté suficientemente motivado”.⁹⁴

⁹² Vid, entre otros, el Auto del Tribunal Constitucional 98/1986, de 29 de enero, la Sentencia del Tribunal Constitucional 458/1988, de 18 de abril, y la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1994, de 11 de abril.

⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de diciembre de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, (rec. 914/1998).

⁹⁴ Por esta razón, la medida de suspensión provisional queda relegada a los casos en los que la permanencia en el servicio en activo del funcionario expedientado pueda perjudicar el funcionamiento del servicio, la

Los razonamientos aquí expuestos, explican que las normas se ocupen de establecer exigencias de proporcionalidad en la adopción de medidas provisionales en procedimientos sancionadores. No obstante, resulta llamativo que, ante la pluralidad de fines perseguidos con la adopción de las medidas provisionales (garantizar la eficacia de la resolución, asegurar la adecuada tramitación del procedimiento, impedir que sigan cometiéndose infracciones, etcétera), la proporcionalidad de dichas medidas se establezca, en unos casos, en relación con la naturaleza y gravedad de las infracciones⁹⁵; en otros, por referencia a los perjuicios que se puedan ocasionar al inculpado⁹⁶ y, también respecto de los objetivos que se pretendan alcanzar con las citadas medidas provisionales.⁹⁷

En ocasiones, las normas van más allá, exigiendo incluso, que de entre las posibles medidas provisionales a adoptar, se escoja la más leve. Por ejemplo, el artículo 31 de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, establece en su apartado cuarto: “En la adopción de medidas cautelares se estará al criterio de la proporcionalidad, considerando equilibradamente los perjuicios que las mismas ocasionen al inculpado y los objetivos de entre los fijados en el punto 1 que en cada caso concurren, debiéndose optar siempre por la medida o medidas que, logrando razonablemente los citados objetivos, menos daños ocasionen al inculpado y más fácil sea la reparación de sus efectos tras su vigencia”.

La lectura de estas normas, nos permite apreciar que la exigencia de proporcionalidad requerida a la hora de adoptar medidas provisionales dentro de los procedimientos sancionadores varía notablemente de unas normas a otras, sin distinción alguna en función del fin último perseguido con una concreta medida.

instrucción del expediente o a supuestos de conducta de especial gravedad, vid, SSTTS de 26 de junio de 1984, 15 de abril de 1985 y 3 de febrero de 1987.

⁹⁵ Según el artículo 49.1 de la Ley 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana: “Iniciado el expediente, el órgano competente para resolver podrá adoptar en cualquier momento, las medidas de carácter provisional que resulten necesarias [...] Dichas medidas serán proporcionadas a la naturaleza y gravedad de la infracción”. Vid, también el artículo 322.1 de la Ley 6/2015, de 24 de marzo, Agraria de Extremadura.

⁹⁶ Según el artículo 52 de la Ley 8/1998, de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid “[...] En el acuerdo por el que se adopten medidas de carácter provisional, se motivará la necesidad y proporcionalidad de las mismas en relación con el perjuicio causado o que pueda causarse”.

⁹⁷ Según el artículo 34 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, “En los procedimientos sancionadores por infracciones graves o muy graves el Ministerio de Ciencia y Tecnología podrá adoptar [...] las medidas de carácter provisional que se estimen necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente se dicte, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales.

Finalmente señalar, que la propia falta de claridad de las referencias normativas y jurisprudenciales a las exigencias del principio de proporcionalidad en su aplicación a la actividad cautelar administrativa determina la conveniencia de una invocación prudente del mismo.

Esto no quiere decir, que la proporcionalidad se entienda como una mera formalidad, ya que se trata de una autentica exigencia cuya concurrencia habrá de motivarse de forma explícita y detallada por la administración, condicionando la adopción de las medidas provisionales y sirviendo a su vez como un instrumento para combatir la arbitrariedad en la elección de la concreta medida, sin que ello elimine la discrecionalidad administrativa⁹⁸, teniendo en cuenta que el mencionado principio de proporcionalidad no tiene un significado claro y preciso, y por lo tanto, resulta interpretable.⁹⁹

6.4 MOTIVACIÓN.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 35 LPAC serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales previstas en el artículo 56 LPAC. Esta doble motivación pone de manifiesto la importancia que la nueva ley del procedimiento administrativo ha querido dar a esta exigencia específica de motivación.¹⁰⁰

Ahora bien, no hay que olvidar que esta motivación, ya figuraba -aunque con peor sistemática- en el artículo 54.d LRJPAC, que impone la motivación en los acuerdos de adopción de medidas provisionales.

Según MESEGUER YEBRA “[...] la motivación no tiene solo que incluir una justificación de la urgencia de la decisión cautelar sino una valoración sobre lo que la jurisprudencia ha dado en llamar “razonabilidad”, un término inédito para designar la idoneidad y

⁹⁸ Vid, Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2009, (rec. 1887/2007), que reitera posteriormente la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012, (rec. 1501/2008).

⁹⁹ BARNÉS VÁZQUEZ, J, “*Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario*”, en RAP, núm. 135, 1994, pág. 52.

¹⁰⁰ La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, (rec. 5357/2004) señala que “[...] el precepto contenido en el artículos 136 de la LRJPAC, es categórico en cuanto exige una específica motivación que justifique la adopción de la medida de carácter provisional, de manera que no basta, para cumplir con el deber de motivar la medida cautelar, expresar los hechos constitutivos de la infracción, su calificación y las posibles sanciones, sino que es necesario explicar y exponer las razones por las que se acuerda la medida provisional”.

proporcionalidad de la medida provisional [...] Esta es la piedra clave del arco de las medidas cautelares hasta el punto de poder afirmar sin riesgo a equivocarnos que si falta ésta, de nada sirve respetar el resto de requisitos formales, plazos, tipicidad de las medidas, etcétera”.¹⁰¹

En la misma línea se pronuncia CAMPOS ACUÑA¹⁰² cuando señala que la motivación es indispensable para conocer los fundamentos de la actuación cautelar administrativa, facilitando tanto las posibilidades de alegación y prueba del sujeto pasivo como el control judicial de la medida provisional. En concreto, se precisa la motivación y justificación de estos aspectos en relación con el supuesto concreto.

Así, la jurisprudencia¹⁰³ ha llegado a anular la adopción de una medida provisional de suspensión temporal de una licencia de armas al considerarla no ajustada a derecho porque la administración no había realizado una concreta valoración de los criterios antes citados y se había “limitado a reproducir los preceptos legales sin realizar esa imprescindible labor de individualización que también se le ha de exigir cuando tome la decisión final del expediente”.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2001, insiste en que, [...] justamente por este carácter cautelar e instrumental, y por ser una medida limitativa de derechos, es exigible que su adopción sea adecuadamente motivada, en el sentido de que en la resolución por la que se acuerda aparezcan los motivos que acrediten su razonabilidad y proporcionalidad en atención a la trascendencia de las infracciones imputadas al encartado en el expediente sancionador en cuya tramitación se acuerda”.¹⁰⁴

Esta motivación, deberá de referirse a la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 56 de la LPAC para la adopción de las medidas provisionales, es decir, que la motivación tendrá que expresar; la existencia de elementos de juicio suficientes de los que deriva la necesidad de acordar una determinada medida provisional para evitar situaciones jurídicas que pudieran ser incompatibles con la efectividad de la resolución que pueda recaer; la concurrencia de los principios rectores para la adopción de estas medidas (necesidad,

¹⁰¹ MESEGUER YEBRA, J, *Las medidas provisionales...* cit, pág. 19.

¹⁰² CAMPOS ACUÑA, M^a, C, “*Comentarios a la Ley 39/2015...*”, cit.

¹⁰³ Vid, Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3^a, (rec. 1720/2014) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de julio de 2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1^a, (rec. 1569/2015).

¹⁰⁴ Vid, Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7^a, (rec.8121/1996).

idoneidad y menor gravosidad), que implica la ponderación de los intereses en juego¹⁰⁵; y la proporcionalidad de la medida elegida, que no podrá causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados, ni violación de derechos amparados por las leyes¹⁰⁶.

La motivación de la medida adoptada ha de contener el motivo razonable que justifique la urgencia de tal decisión, incluyendo la valoración sobre los elementos suficientes que respaldan la oportunidad y prudencia de la medida en sí, comprendiendo los hechos de que se parte, alguna indicación de la resolución que pudiera recaer y de las circunstancias que aconsejan adoptar medidas de aseguramiento de su ejecución o de garantía provisional de los intereses públicos.¹⁰⁷

Solo así, insiste REBOLLO PUIG, la motivación cumplirá su función y permitirá “el control de legalidad que en este caso comprende el de adecuación al fin, la congruencia con los motivos, la razonabilidad, etcétera, que en general, son imposibles de demostrar o de controlar si falta la motivación”.¹⁰⁸ Por lo tanto, para que sea posible comprobar que, en función de las circunstancias del caso concreto, la medida provisional reúne los requisitos del artículo 56 de la LPAC, no bastará con una escueta referencia de los hechos y fundamentos de derecho, sino que será preciso la existencia de una motivación real, suficiente y no meramente formal.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2012 ha señalado al respecto que “[...] la motivación de la medida, más que un requisito formal, es el elemento estructural y básico de la resolución e ineludible para valorar su justificación, pues, de otro modo, no sería posible fiscalizar su respeto al principio de proporcionalidad ni la concurrencia de otros motivos que la justifiquen”.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 24 de septiembre de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, (rec. 2487/1997) “la motivación de la adopción de las medidas provisionales debe referirse a [...] la necesidad de la adopción de las medidas mismas, su conexión con la garantía del procedimiento y la resolución final que recayera, su adecuación a tales fines, su elección preferente respecto de otras medidas menos restrictivas de la libertad [...]”.

¹⁰⁶ GALLARDO CASTILLO, M.J, “*Los procedimientos administrativos en la Ley 39/2015*”, Tecnos, Madrid, 2016, pág. 203.

¹⁰⁷ NAVARRO GONZÁLEZ, R, “*La motivación de los actos administrativos*” en GAMERO CASADO, E (dir), FERNÁNDEZ RAMOS, S Y VALERO TORRIJOS, J (coord.), “*Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág.1754.

¹⁰⁸ REBOLLO PUIG, M, “*Medidas provisionales...*”, cit, pág. 702.

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, (rec. 1070/2009).

7. EXTINCIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES.

El carácter instrumental de estas medidas, condiciona su duración a la pervivencia de las circunstancias determinantes de su adopción, por lo tanto, la desaparición de los presupuestos determinantes de la adopción de una medida provisional conlleva el cese de la vigencia de ésta. Una vez desaparecido el peligro que afecta a la eficacia de la resolución pendiente, la medida acordada debe ser alzada.¹¹⁰

A ello se refiere el artículo 56 LPAC, cuando establece en su apartado cuarto que “las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción. En todo caso, se extinguirán cuando surta efectos la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente”.

Como resulta lógico, la permanencia de las medidas provisionales aparece ligada a la clausula *rebus sic stantibus*. Siguiendo al profesor ANTONIO CALONGE, en aplicación de dicha regla, las medidas provisionales adoptadas en el procedimiento sancionador podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

Este mismo apartado concluye con un párrafo, que tiene relevancia para el elemento temporal y que, a mi juicio, responde también a la lógica de las cosas, pues establece que una vez adoptada la resolución que pone fin al procedimiento las medidas provisionales adoptadas dejarán de producir efectos, ya que será la propia resolución administrativa dictada la que comience a desplegar efectos. E, incluso, alguna norma¹¹¹ ha concretado que solo puede durar la mitad del plazo previsto para la sanción que pudiera corresponder.¹¹²

Como ha escrito GARCÍA MANZANO “las medidas acordadas han de tener carácter provisorio, sin que puedan legitimarse constricciones sobre los derechos individuales de carácter indefinido o permanente. La temporalidad de la medida estará vinculada, en consecuencia, a la resolución final que recaiga en el procedimiento sancionador”.¹¹³

¹¹⁰ MARINA JALVO, B, “*Medidas provisionales...*”, cit, pág. 165.

¹¹¹ Vid, Artículo 47.3 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

¹¹² CALONGE VELÁZQUEZ, A, “*Las medidas provisionales en el...*”, cit, pág. 4.

¹¹³ GARCÍA MANZANO, P, “De la potestad sancionadora (Título XIX)”, *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Carperi, Madrid, 1993.

Asimismo recordar que la extinción de las medidas provisionales queda condicionada a la eficacia de la resolución final, por lo que en el caso de las resoluciones sancionadoras, la duración de las medidas adoptadas en el procedimiento administrativo podrá prolongarse hasta la firmeza administrativa de las mismas e incluso extenderse hasta el momento en el que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud de medida cautelar en el seno del proceso contencioso-administrativo.¹¹⁴

La extinción también se producirá cuando los interesados en un procedimiento de reclamación de adjudicación de contratos hayan solicitado y acordado la adopción de medidas provisionales con anterioridad a la presentación de la reclamación y con posterioridad hubieren dejando transcurrir el plazo correspondiente para su interposición.¹¹⁵ Es decir, que la no presentación de la reclamación en el plazo señalado para ello tiene como consecuencia directa la extinción de las medidas provisionales que hubiesen podido adoptarse.

Finalmente señalar, que la extinción de la medida provisional va lógicamente ligada a la duración de la misma, distinguiendo entre las medidas provisionales previas al inicio del procedimiento, que una vez acordadas deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de inicio del procedimiento que debe realizarse en el plazo de 15 días desde que se adoptaron las medidas provisionales.

En cualquier caso, si el procedimiento administrativo no se iniciara en dicho plazo o el acuerdo de inicio no se pronuncia sobre las medidas provisionales acordadas, las mismas quedarán sin efecto.

En cuanto a las medidas provisionales adoptadas una vez iniciado el procedimiento, al igual que ocurre con las anteriores, podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción, sin que esto pueda

¹¹⁴ GALLARDO CASTILLO, M.J, “*Los procedimientos administrativos...*”, cit, pág. 203.

¹¹⁵ Vid, artículo 103 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Vid, también el artículo 313, de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

significar un “*ius modificandi*”¹¹⁶ para la Administración, puesto que ésta se encuentra sujeta a la aparición de circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta cuando se acordaron las medidas provisionales. En todo caso, si no se alzan durante la tramitación del procedimiento, se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento.

8. CONCLUSIONES.

I. Como consecuencia de la entrada en vigor de nuestra Carta Magna los estrechos límites de los artículos 122 y ss. de la Ley de la Jurisdicción de 1956 se vieron desbordados ante la consagración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos en sus derechos e intereses legítimos.

Es en este momento, cuando nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo un proceso de constitucionalización común a otros países de nuestro entorno como Francia o Alemania, va a incardinar de manera decisiva la tutela cautelar dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el ya citado artículo 24.1 CE.

II. Para comprender el estudio de la nueva regulación hemos realizado con anterioridad una precisión terminológica para dejar claro -y evitar confusiones al respecto- que una cosa son las medidas provisionales que pueden ser acordadas por la propia administración en el seno de un procedimiento administrativo, y otra muy distinta las medidas cautelares judiciales que pueden ser acordadas en el seno de un proceso contencioso administrativo.

Por lo tanto, a pesar de que existe normativa vigente que se refiere a este tipo de medidas utilizando indistintamente el termino provisional o cautelar, en el desarrollo de este trabajo hemos utilizado el término provisionales, por entender que es el más adecuado para designar a las medidas adoptadas una vez iniciado el procedimiento administrativo o bien con anterioridad a su inicio.

¹¹⁶ GONZÁLEZ RÍOS, I, “Reglas generales de ordenación e instrucción del procedimiento” en GAMERO CASADO, E (dir), FERNÁNDEZ RAMOS, S Y VALERO TORRIJOS, J (coord.), “Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág.1463.

III. La falta de un concepto legal de la figura de medidas provisionales ha llevado a la doctrina a intentar definirla a través de las notas o características que las integran.

Entendemos por medida provisional los actos administrativos de carácter urgente e interino acordados antes o durante la tramitación de un procedimiento con el fin de evitar que en tanto éste concluye puedan mantenerse situaciones o conductas que, de forma directa o indirecta, privarían de efectividad práctica a la resolución final.

En teoría podríamos entender que la finalidad de las medidas provisionales es la de asegurar la eficacia de la resolución, sin embargo, no es ésta su única finalidad, ya que en la práctica nos encontramos con que las medidas provisionales persiguen unos objetivos más amplios, como son la defensa de los intereses de la administración, de los intereses de los terceros, de los implicados en el procedimiento o de la tutela del interés público

IV. La doctrina en general, se ha mostrado muy prolífica a la hora de señalar cuales son las características que definen a una medida provisional, entendiendo como tales: la instrumentalidad, la provisionalidad, la urgencia y la homogeneidad.

La instrumentalidad es una cualidad derivada de su condición de accesoria del proceso principal que tiene como finalidad asegurar la efectividad del mismo, es decir, que debe ser entendida en el sentido de que la medida no constituye una finalidad en si misma, sino que se halla necesariamente vinculada a la resolución que pueda dictarse en el proceso principal, es decir, que las medidas solo pueden adoptarse en tanto exista, o vaya a existir, un proceso principal a cuya finalidad sirvan.

La provisionalidad de estas medidas pone de relieve que no es una medida definitiva, es decir, que su finalidad no es su perpetuación en el tiempo, ya que su permanencia dependerá del proceso al cual va ligada y en muchos casos, estarán sometidas a un plazo máximo de duración.

La urgencia es un elemento esencial del proceso que justifica las condiciones en las que el operador jurídico adopta la decisión de otorgar o denegar las medidas cautelares solicitadas. Es decir, que es el presupuesto habilitante para la adopción de las mismas, puesto

que, en caso de no apreciarse tal urgencia, la adopción de la medida provisional no sería necesaria.

La homogeneidad consiste en que la medida provisional ha de ser coincidente en su contenido a los actos de ejecución que ha de comportar el fallo. Es decir, que se ha de escoger aquella medida que resulte más adecuada para el aseguramiento de la tutela judicial o para la protección frente a las situaciones que puedan producirse durante la pendencia del proceso.

V. En cuanto a los presupuestos a la hora de adoptar este tipo de medidas, nos encontramos con una serie de principios que resultan esenciales y sin los cuales la medida no puede adoptarse, a saber, el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, el *periculum in mora* o peligro por la mora procesal y la pendencia del proceso principal.

El *fumus boni iuris* o apariencia del buen derecho se trata de una doctrina que tuvo gran aceptación en nuestro país en la década de los noventa al suponer una innovación a la hora de acordar o denegar la suspensión, permitiendo valorar la existencia del derecho con carácter provisional.

Sin embargo, una progresiva evolución jurisprudencial ha desdibujado el carácter inicial de la doctrina, convirtiendo el requisito de carácter negativo en positivo a la hora de determinar la procedencia de la medida.

El *periculum in mora* o peligro por la mora procesal tiene su razón de ser en la demora temporal que conlleva la tramitación del proceso en que se solicita la adopción de la medida. Lo que este principio trata de evitar es que el lapso de tiempo que transcurre entre el inicio y la finalización de un procedimiento administrativo suponga la pérdida de finalidad del proceso.

La pendencia del proceso principal es una exigencia legal -estrechamente relacionada con la provisionalidad y la instrumentalidad- que tiene como objetivo la vinculación de las medidas a un procedimiento administrativo. Es decir, que la existencia de un proceso principal es el que da sentido a las medidas, de manera que sin el mismo, no podrían adoptarse (sin perjuicio de las excepciones expuestas).

VI. A la hora de adoptar una medida provisional es preciso observar que la administración cumpla con las garantías que exige la ley, es decir, que a la hora de adoptar la medida se respeten los principios de proporcionalidad y motivación, así como el cumplimiento de los plazos para la adopción de la misma y que su adopción no cause perjuicios de difícil o imposible reparación.

En relación con lo anterior, se encuentra el siguiente límite analizado, el cual impide adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados.

Este concepto jurídico indeterminado pone de manifiesto que la adopción de estas medidas deberá de acordarse realizando una ponderación adecuada de todos los intereses implicados en el procedimiento, teniendo siempre presente que no se podrán acordar medidas que causen perjuicios de difícil o imposible reparación al sujeto pasivo que ha de soportarlas.

En cuanto al momento oportuno para la adopción de las medidas provisionales, nos encontramos con que, por regla general, la adopción de las medidas se encuentra condicionada a la iniciación del procedimiento.

No obstante, esta regla general se ve excepcionada con la adopción de medidas provisionales previas a la iniciación del procedimiento, cuando resulta necesario atender con urgencia la protección provisional de los intereses implicados.

En la nueva ley del procedimiento administrativo no se hace referencia alguna respecto a la necesidad de observar un trámite de audiencia previa en la adopción de las medidas provisionales. Sin embargo, en algunos preceptos de la normativa sectorial y en cierta parte de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo podemos encontrar una postura favorable hacia este trámite.

A mi juicio, no observo razón alguna por la que el trámite de audiencia previa haya sido ignorado de esta forma por el legislador, máxime cuando con la celebración del mismo se podría evitar la adopción de medidas que vulnerasen los derechos de los interesados o que pudieran ocasionarles perjuicios de difícil o imposible reparación.

Otro de los elementos más importantes que han de respetar estas medidas es el de la proporcionalidad, entendida no como una mera formalidad, sino como una auténtica exigencia cuya concurrencia habrá de motivarse de forma explícita y detalladamente por la administración, condicionando la adopción de las medidas provisionales y sirviendo a su vez como instrumento para combatir la arbitrariedad en la elección de la concreta medida.

La motivación cobra especial protagonismo en esta nueva ley del procedimiento, al encontrarse regulada doblemente. Esta motivación deberá de contener el motivo razonable que justifique la urgencia de la decisión, incluyendo una valoración sobre los elementos que respaldan la oportunidad y la prudencia de la medida.

Por lo tanto, para que sea posible comprobar que en función de las circunstancias del caso concreto, la medida provisional reúne los requisitos exigidos por la ley, no bastará con una escueta referencia de los hechos y fundamentos de derecho, sino que será preciso la existencia de una motivación real, suficiente y no meramente formal.

VII. Finalmente concluir señalando que la extinción de estas medidas provisionales vendrá condicionada por la pervivencia de las circunstancias determinantes para su adopción. Es decir, que la desaparición de los presupuestos determinantes de la adopción conlleva el cese de la vigencia de ésta. Extinción que también se producirá si durante la tramitación del procedimiento no se produce el alzamiento de las medidas provisionales acordadas.

BIBLIOGRAFIA

- ALONSO GARCÍA, C, “*La revisión de oficio de los actos administrativos tras la ley 4/1999, de 13 de enero*”, *RJA*, núm. 6, 2000.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V, *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996.
- ASECIO MELLADO, J. M^º, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- BAÑO LEÓN, J.M, “*Potestades administrativas y garantías de las empresas en el derecho español de la competencia*”, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J, “*Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario*”, en *RAP*, núm. 135, 1994.
- CALAMANDREI, P. “*Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*”, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.
- CALDERÓN CUADRADO, M.P, *Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares*, la Ley 1999.
- CALONGUE VELÁZQUEZ, A, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo*. Editorial Comares, Granada, 2007.
- CAMPOS ACUÑA M.C, “*Comentarios a la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*”, El Consultor de los Ayuntamientos, 2017.
- CANO CAMPOS, T, “*La vuelta del administrado*” en LAGUNA DE PAZ, J.C, SANZ RUBIALES, I, DE LOS MOZOS Y TOUYA, M.I (coords), “*Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudios en homenaje al Profesor José Luis Martínez López-Muñiz*”, Tomo II, Reus, Madrid, 2017.

- CHINCHILLA MARÍN, C, “Potestad sancionadora de las administraciones públicas”, en PENDÁS GARCÍA, B (coord.), “Administraciones Públicas y Ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)”, Praxis, Barcelona, 1993.
- CIERCO SEIRA, C, “La nueva regulación del derecho de audiencia en los procedimientos administrativos comunitarios vinculados a la protección de la competencia (a propósito del Reglamento CE núm. 2842/98 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1988 relativo las audiencias en determinados procedimientos en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE)”, RAP, núm. 155, 2001.
- COLOZ PIAZUELO, E, “Artículo 72. Medidas Provisionales”, en SÁNCHEZ MORÓN, M y MAURANDI GUILLÉN, N, “Comentarios a la Ley 30/1992”, Lex Nova/Thomson Reuters, 2013.
- ISABEL CARA FUENTES, E, “Medidas Cautelares y Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Problemática y soluciones)”, Fundación Asesores Locales, 2014, Málaga.
- GALLARDO CASTILLO, M.J, “Los procedimientos administrativos en la Ley 39/2015”, Tecnos, Madrid, 2016.
- GALLEGO ANABITARTE, A, MENÉNDEZ REXACH, A y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- GALVEZ MONTES, J, “Medidas provisionales”, en PIÑAR MAYAS, J.L, *La reforma del procedimiento administrativo (comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero)*, Dykinson, Madrid, 1999.
- GAMERO CASADO, E (dir), FERNÁNDEZ RAMOS, S Y VALERO TORRIJOS, J (coord.), “Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- GARCÍA MANZANO, P, “De la potestad sancionadora (Título XIX)”, *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Carperi, Madrid, 1993.

- GÓMEZ BARAHONA, A, “*Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo tras la promulgación de la LRJPA*”, en LÓPEZ RODÓ, L, FREITAS DO AMARAL, D (dir), “*Procedimiento Administrativo: ponencias al I coloquio hispano-portugués*”, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1994.
- GONZALÉZ NAVARRO, F, *Derecho Administrativo Español*, tomo II, Eunsa, Pamplona, 1988.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 1991.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J; GONZÁLEZ NAVARRO, F; y GONZÁLEZ RIVAS, J, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Madrid, 1999.
- GONZALEZ PERÉZ, J y GONZALEZ NAVARRO, F, “*Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*”, Thomson, Madrid, 2012.
- GONZÁLEZ PERÉZ, J y TOLEDO JÁUDENES, J, “*Comentarios al Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas*”, Civitas, Madrid, 1997.
- GONZÁLEZ RÍOS, I, “*Reglas generales de ordenación e instrucción del procedimiento*” en GAMERO CASADO, E (dir), FERNÁNDEZ RAMOS, S Y VALERO TORRIJOS, J (coord.), “*Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- LAVILLA RUBIRA, J.J, “*Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos*”, en PENDAS GARCÍA, B (coord.), *Administraciones públicas y ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)*, Praxis, Barcelona, 1993.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, E, “*La regulación de las medidas cautelares o provisionales. En particular sobre el régimen de las llamadas medidas provisionales*”, en SALA SANCHÉZ, P. (dir), *Comentarios a la reforma del procedimiento administrativo (Análisis de la Ley 4/1999)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- MARINA JALVO, B, *Medidas provisionales en la actividad administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- MESEGUER YEBRA, J, *Las medidas provisionales en vía administrativa*, Bosch, Barcelona, 2000.
- NARBÓN LAINEZ, E.J, “*Las medidas cautelares en el procedimiento administrativo. Especial referencia a la suspensión en vía administrativa*”, en FERNÁNDEZ DE AGUIRRE, J.C, (dir), *Valoración de la ley 30/1992 tras cinco años de vigencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- NAVARRO GONZÁLEZ, R, “*La motivación de los actos administrativos*” en GAMERO CASADO, E (dir), FERNÁNDEZ RAMOS, S Y VALERO TORRIJOS, J (coord.), “*Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- ORTELLS RAMOS, M y BELLIDO PENADÉS, R, “*Las medidas cautelares en Derecho de la Competencia*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.
- ORTELL RAMOS, M, “*Derecho Procesal Civil*”, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2004
- PONS CÁNOVAS, F, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- REBOLLO PUIG, M, “*La ejecutividad de las sanciones tras la nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común*” en LAGUNA DE PAZ, J.C, SANZ RUBIALES, I, DE LOS MOZOS Y TOUYA, M.I (coords), “*Derecho Administrativo e Integración Europea. Estudios en homenaje al Profesor José Luis Martínez López-Muñiz*”, Tomo II, Reus, Madrid, 2017, pág. 1354.
- REBOLLO PUIG, M, “*Medidas provisionales en el procedimiento administrativo*”, *Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*”, Civitas, Madrid, 1993.
- RODRIGUÉZ PONTÓN, J, *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso contencioso-administrativo*, Cedecs, Barcelona, 1999.

- SOLDEVILLA FRAGOSO, S, “*Las medidas provisionales y la Ley 4/1999*”, en SUAY RINCÓN, J (dir), *La Ley de Procedimiento Administrativo (reforma de la ley 30/1992)*, Colex, 2000.
- SORIANO GARCÍA, J.E, *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998.



REPERTORIO JURISPRUDENCIAL

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia del Tribunal Constitucional 118/1983, de 13 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1984, de 26 de noviembre.
- Auto del Tribunal Constitucional 98/1986, de 29 de enero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1986, de 23 de abril.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1987, de 17 de junio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 458/1988, de 18 de abril.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 155/1988 de 22 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1990, de 1 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 148/1993 de 29 de abril.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1994, de 31 de enero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1994, de 11 de abril

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1991, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1999, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, (rec.316/1998).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, (rec. 2757/1993).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de marzo, de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, (rec.8121/1996).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de noviembre de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª (rec. 334/2000).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de diciembre de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, (rec. 914/1998).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª (rec.77/2004).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de julio de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, (rec. 5357/2004).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, (rec. 1887/2007).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, (rec. 1070/2009).

- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, (rec. 1501/2008).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, (rec. 1720/2014).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de septiembre de 2015, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª (rec. 12/2000).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, (rec. 607/2015).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, (rec. 1605/2016).

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 24 de septiembre de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, (rec. 2487/1997).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de 22 de febrero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única, (rec. 167/1997).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 4 de marzo de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª (rec. 50/2001).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 12 de noviembre de 2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, (rec. 244/2003).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 3 de junio de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, (recurso 839/2004).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de julio de 2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, (rec. 1569/2015).