

## I. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

# ¿MEDIDAS PROVISIONALISIMAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO? (Comentario a los autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993)

Por  
FRANCISCO SANZ GANDASEGUI

*SUMARIO:* 1. *Introducción: los autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993.*—2. *Las medidas provisionales y la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa.*—3. *Aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*—4. *Conclusión.*

### 1. INTRODUCCIÓN: LOS AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 Y 19 DE NOVIEMBRE DE 1993

El Tribunal Supremo ha introducido un nuevo elemento en el debate doctrinal (1) y jurisprudencial sobre la configuración de las medidas caute-

(1) De la abundante bibliografía existente sobre las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo pueden citarse, sin ánimo de exhaustividad:

Antonio CANO MATA, *La Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona y sus garantías contencioso-administrativas. Deseable ampliación de algunas de sus innovaciones a la vía judicial ordinaria.*

J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Tutela Judicial Efectiva y no suspensión en vía de Recurso*, en el núm. 100-102 de esta REVISTA.

L. PAREJO ALFONSO, *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo*, en «Revista Española de Derecho Administrativo» (REDA), núm. 49.

F. LÓPEZ RAMÓN, *Límites Constitucionales de la autotutela administrativa*, en el núm. 115 de esta REVISTA.

J. DÍAZ DELGADO y ESCUIN PALOP, *La suspensión de los actos administrativos recurridos en el proceso especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales*, en el núm. 117 de esta REVISTA.

J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La suspensión del acto administrativo*, Editorial Montecorvo, 1986.

Los trabajos de E. GARCÍA DE ENTERRÍA en «REDA», núms. 69 —*La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio fumus boni iuris (auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general*—, 70 —*La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la «apariencia de buen derecho» para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de ejecutividad (sobre el auto de 17 de enero de 1991)*—, 71 —*Medidas cautelares positivas y disociadas en el tiempo: el auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*— y 79 —*Constitucionalización definitiva de las medidas*

lares en el ámbito del proceso contencioso-administrativo en una serie de autos, concretamente los de fecha 2 y 19 de noviembre de 1993, dictados por la sección sexta de la Sala III. Este nuevo elemento no es otro que la admisión de la adopción de medidas cautelares provisionálsimas —inspiradas en las previstas con el carácter de «innominadas» en el art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)— consistentes en la suspensión del acto administrativo en tanto se sustancia la pieza de suspensión, con el objeto —según se argumenta— de garantizar la eficacia de la resolución que sobre la referida pieza se adopte. Estas decisiones hasta ahora sólo aislada y excepcionalmente habían sido adoptadas por algunos Tribunales Superiores de Justicia, por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo (2).

---

*cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas), y «jurisdicción plenaria» de los Tribunales contencioso-administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos. Dos sentencias constitucionales—.* En el núm. 125 de esta REVISTA, el citado autor publicó *La aplicación de la «apariencia de buen derecho» como base de medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos*; en el núm. 126, *Nuevas medidas cautelares positivas: la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho*. Finalmente, en 1992 se publicó en Cívitas el libro titulado *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*.

Eduardo COCA VITA, en el núm. 127 de esta REVISTA, *A vueltas con la suspensión de la ejecución de actos administrativos recurridos*.

En el núm. 129 de esta REVISTA, M. J. SARMIENTO ACOSTA, *La nueva funcionalidad de las medidas cautelares en el contencioso español*.

Carmen CHINCILLA MARÍN es autora del libro (Cívitas, 1991) titulado *La Tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, y en el núm. 131 de esta REVISTA se publicó su comentario *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*.

En la revista «Actualidad Aranzadi», núm. 132 de 1994, JOSÉ L. REQUERO IBÁÑEZ aborda el tema objeto de este comentario bajo el título *Las medidas cautelares provisionálsimas en el proceso contencioso-administrativo: comentario al auto del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1993*.

En la «REDA», núm. 82, Valentín Ricardo RODRÍGUEZ POLLEDO y VÁZQUEZ DE PRADA analizan *La suspensión, como medida cautelar en los procesos contencioso-administrativos. Principios: el principio de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris). Una valoración provisional, como base de una medida provisional*.

En el núm. 83, Eduardo CALVO ROJAS estudia *Las Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Medidas provisionálsimas y medidas cautelares positivas. Últimos avances en esta materia y algún exceso*.

En el núm. 135 de esta REVISTA, J. M.<sup>a</sup> BOQUERA OLIVER estudia *la Insusceptibilidad de la suspensión de la eficacia del acto administrativo*.

Finalmente, analizando el estado actual de la cuestión a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, y postulando un «necesario replanteamiento del marco de referencia en materia de medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo», Jesús REMÓN PEÑALVER estudia *Las medidas cautelares y el contencioso-administrativo*, de próxima publicación en esta misma REVISTA.

(2) El Tribunal Supremo se pronunció en el auto de 18 de enero de 1989, afirmando en su fundamento de derecho primero que «... como los Tribunales de Justicia sólo pueden decidir la suspensión después de la necesaria tramitación de un incidente (art. 123 LJCA), lo que exige de un cierto tiempo, es evidente que si la Administración ejecuta su acto en el interin está violando (y este Tribunal también, si no lo evita) el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte actora reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española». Por su parte, la Audiencia Nacional —mediante providencia de 20 de diciembre de 1992— suspendió la ejecución de un acto administrativo de demolición de un edificio en tanto no se resolviera la pieza de suspensión. Como consecuencia de dicho proceso —tramitado por el procedimiento de la Ley 62/78— se dictó la Sentencia de 21 de enero de 1994 (ponente don José Luis Requero), en la que se estima existe vulneración del derecho

Los referidos autos de 2 y 19 de noviembre de 1993 fueron dictados en dos recursos contencioso-administrativos de idéntico objeto, siendo ponente en ambos el Magistrado Peces Morate. El auto de 2 de noviembre viene acompañado de un voto particular.

En el primero de ellos se relata que, con fecha 2 de agosto de 1993, la representación procesal de los recurrentes interpuso ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de junio de 1993, por el que se declaró la urgencia, a efectos de la aplicación del procedimiento que contemplan los artículos 52 de la Ley de Expropiación Forzosa y 56 y siguientes de su Reglamento, de la ocupación de los bienes y derechos afectados de expropiación forzosa para la realización de las obras de *infraestructura del proyecto «Aeropuerto de Madrid-Barajas»*.

Por otro lado, se solicitó que se abriese «pieza de suspensión respecto a la declaración de urgencia dado que la ejecución del acto causaría perjuicios de reparación prácticamente imposible, por afectar la expropiación en cuestión a 17 edificaciones y 7 industrias, propiedad de los recurrentes, estando gran parte de las edificaciones afectadas destinadas a vivienda habitual».

Por providencia de 16 de septiembre de 1993, la Sala Tercera del Tribunal Supremo mandó incoar el oportuno proceso y formar pieza separada de suspensión.

En la misma fecha, la representación procesal de los recurrentes presentó escrito en el que reiteraba que la expropiación afectaba a numerosas viviendas permanentes y a industrias en funcionamiento y que el principio de tutela judicial efectiva podría quedar desvirtuado si durante la tramitación del incidente sobre la medida cautelar de suspensión se produjese el levantamiento de las actas previas a la ocupación y la inmediata ocupación de las viviendas e industrias referidas, por lo que solicitó que se adoptasen las medidas necesarias para evitar que se procediera al levantamiento de las actas previas a la ocupación en el procedimiento de urgencia en tanto no se pronunciase la Sala sobre la procedencia o no de la suspensión solicitada.

En la providencia de 16 de septiembre de 1993 citada se ordenó unir a la pieza de suspensión el último escrito reseñado y se dispuso «poner en conocimiento del Ministerio de Obras Públicas, por medio telegráfico, la iniciación de la pieza de suspensión *a efectos de que no se adoptase medida ejecutiva en tanto no recaiga resolución en dicha pieza*».

En cumplimiento de lo acordado por la Sala, el Secretario de la misma dirigió, con fecha 17 de septiembre de 1993, telegrama oficial al señor Subsecretario del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo con el siguiente

---

a la tutela judicial efectiva cuando la Administración pretende ejecutar un acto administrativo sin dar ocasión al interesado para solicitar su suspensión en sede jurisdiccional. Finalmente, y en la misma línea, el auto de 14 de octubre de 1993 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña formula, al parecer como criterio general, que son nulas las actuaciones administrativas tendentes a la ejecución de los actos administrativos impugnados llevadas a cabo en tanto se tramita la pieza de suspensión.

texto: «Pongo en conocimiento la iniciación de pieza separada de suspensión del recurso contencioso-administrativo núm. 603/93 por el que se impugna el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de junio de 1993 sobre declaración urgente ocupación para obras Proyectos Aeropuerto Madrid-Barajas a efecto de que **NO ADOPTE MEDIDA EJECUTIVA ese Ministerio en tanto no recaiga resolución en dicha pieza, por haberlo acordado así la Sala.**»

La medida cautelar, adoptada en aplicación —como se verá a continuación— de la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) y del artículo 1428 de la LEC, se decretó sin audiencia de la representación de la Administración del Estado y sin exigencia de garantía alguna.

Notificada la providencia al Servicio Jurídico del Estado, se interpuso recurso de súplica que fue estimado en parte por auto de fecha 2 de noviembre de 1993, si bien únicamente en cuanto a dejar sin efecto la medida provisionalísima cautelar adoptada para aquellos inmuebles que no tuvieran el carácter de viviendas e industrias.

En lo demás, confirmó la medida cautelar, hasta la resolución de la pieza de suspensión.

El segundo supuesto, semejante al anterior y referido al mismo procedimiento expropiatorio, se diferencia del primero en que la resolución para adoptar la medida cautelar provisionalísima de suspensión se realizó por auto de fecha 19 de noviembre de 1993, previa audiencia de las partes.

La doctrina contenida en los dos autos es prácticamente idéntica. Tomando como ejemplo el de 2 de noviembre (3), la cuestión se centra en de-

---

(3) El texto literal del auto en los aspectos referidos al tema objeto de comentario es el siguiente:

«Hemos de convenir con la representación procesal de la Administración autora del acto que la Ley de esta Jurisdicción no contempla tales medidas (se refiere a las previstas en el art. 1428 de la LEC), pero ha de admitir dicha representación que tampoco las excluye o prohíbe, por lo que es necesario, para decidir la cuestión, acudir a los principios que rigen el ejercicio de la potestad jurisdiccional y a las normas que integran el sistema procesal, a través del cual los jueces y tribunales ejercen sus competencias de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (arts. 117.3 de la Constitución y 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ya que el sistema jurídico no admite vacíos y los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 del Código civil).

SEGUNDO.—Entre los principios que configuran el significado natural y propio de la Jurisdicción destaca el de la efectividad de sus decisiones. Nuestra vigente Constitución lo ha sancionado al declarar, entre los derechos fundamentales, el de obtener la tutela *efectiva* de los jueces y tribunales (art. 24.1 de la Constitución). La potestad jurisdiccional no se agota con la declaración del derecho sino que se consume en la consecución del derecho declarado, lo que presupone la facultad de adoptar medidas, garantías o cautelas precisas a fin de preservar la eficacia de lo resuelto. De aquí que el Pleno del Tribunal Constitucional, al decidir en su sentencia 238/1992, de 17 de diciembre, la cuestión de inconstitucionalidad, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres, en relación con el artículo 6.2 de la Ley

terminar si la potestad jurisdiccional de suspender la ejecutividad de un acto administrativo comprende la adopción de medidas provisionálísimas a fin de preservar la efectividad de la resolución que recaiga en el propio incidente de suspensión, regulado en la Sección Segunda del Capítulo V del Título IV (arts. 122 a 125) de la LJCA.

---

34/1979, de 16 de noviembre, de Fincas Manifiestamente Mejorables, que establecía que "no se suspenderá en ningún caso la ejecución del Decreto impugnado", declarase la inconstitucionalidad del mismo con base en la doctrina ya establecida en sus sentencias 66/1984, 115/1987 y 14/1992, según la cual "la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso", y precisando que "ciertamente el artículo 24.1 CE no hace referencia alguna a las medidas cautelares ni a la potestad de suspensión. Pero de ello no puede inferirse que quede libre el legislador de todo límite para disponer o no medidas de aquel género o para ordenarlas sin condicionamiento constitucional alguno. 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".

No parece necesario abundar en más razones o argumentos, que, desde el ámbito de los principios, justifiquen la adopción de medidas o cautelas para salvaguardar el derecho del que promueve el incidente de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo a que la medida que legítimamente postula sea eficaz, pues de lo contrario, carecería de significado el propio incidental de suspensión.

TERCERO.—El sistema procesal, al que hemos de acudir por defecto de disposición expresa en el específico ordenamiento del proceso contencioso-administrativo, viene señalado por este mismo ordenamiento, al remitirnos la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual acoge un sistema mixto de medidas cautelares, al establecerlas concretas y singulares junto con otras innominadas, previstas éstas por el artículo 1428 de dicha Ley, que permite al juez adoptar, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste, las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recaiga.

Este precepto, por imperativo de la indicada Disposición Adicional Sexta de la Ley de esta Jurisdicción, tiene carácter supletorio en el proceso contencioso-administrativo, (...) la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento civil viene establecida con carácter general por la mentada Disposición Adicional Sexta, sin que la adopción de medidas provisionálísimas, que garanticen la efectividad de la decisión que resuelva el incidente de suspensión, esté prevista (según expusimos anteriormente y admite el propio Abogado del Estado) en la Ley Jurisdiccional, de manera que no cabe impugnar su adopción argumentando que sólo cabe ordenar la específica medida cautelar establecida al efecto por la ley porque, al fin de asegurar la efectividad de la suspensión que pudiera acordarse, la ley no contempla una singular medida *ad hoc*, lo que impone, ante la necesidad de dar contenido a la tutela cautelar, acudir al sistema de medidas innominadas admitidas por la Ley de Enjuiciamiento civil, a la que, como norma supletoria, se remite la Ley de esta Jurisdicción.

CUARTO.—Justificada desde el ámbito de los principios y contemplada por el ordenamiento procesal la posibilidad de adopción de medidas cautelares inespecíficas tendentes a salvaguardar la efectividad de la

El razonamiento seguido por el Tribunal para la adopción de la medida provisional de suspensión del acto administrativo sigue dos líneas de argumentación: por una parte, desde una perspectiva constitucional, imbrica la adopción de medidas cautelares en el ámbito del artículo 24 de la Constitución. En segundo lugar, y como apoyo directo para poder adoptar

---

resolución que se dicte en el proceso de que se trate, debemos examinar el significado y alcance de las que, con carácter provisionálsimo, pueden acordarse para preservar la eficacia de la decisión de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo impugnado.

No puede la medida cautelar constituir una resolución anticipada de la cuestión sometida a la decisión del Tribunal una vez tramitado el proceso incidental (lo mismo que la decisión de ésta no prejuzga la sentencia definitiva), de manera que no cabe acordar, de modo general, la suspensión de la ejecutividad del acto, que es el objeto de dicho proceso incidental, sino que ha de limitarse a garantizar que aquella resolución judicial sea eficaz, y así se deben concretar los actos materiales que la Administración ha de llevar a cabo o abstenerse de ejecutar para evitar que se frustre el fin del proceso cautelar, y, en consecuencia, hemos de estimar en parte el recurso de súplica en cuanto la resolución combatida se limita a ordenar a la Administración que se abstenga de adoptar medidas ejecutivas sin fijar los actos concretos que no deba ejecutar.

Tampoco es admisible el automatismo de tales medidas provisionálsimas, de manera que la mera petición de las mismas, al solicitar la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado, no conlleva su adopción sino que el solicitante debe justificar su pretensión y el Tribunal, previa audiencia, si el caso lo permitiese sin menoscabo de la propia medida, de los representantes procesales de la Administración autora del acto y de los demás demandados si hubiesen comparecido, habrá de ponderar los intereses en conflicto para decidir en consecuencia.

QUINTO.—El automatismo de las medidas cautelares sólo tiene cabida cuando la Ley así lo dispone para singulares medidas regladas bien por los títulos que las conllevan, bien por las pretensiones que las legitiman, pero no es admisible en las innominadas, que obligan a valorar los hechos en que se funda la solicitud y las consecuencias de la decisión sobre los derechos que se dirimen, razón que exige adoptarlas mediante resolución motivada en cumplimiento de lo dispuesto concordante por los artículos 245.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, si bien es cierto, como apunta el representante procesal de los solicitantes de la medida, que la Ley, en alguna ocasión, contempla su adopción por una simple providencia (caso de la anotación preventiva de demanda o del interdicto de obra nueva), no es menos cierto que se trata de cautelas expresamente reguladas, que tienen su régimen propio al que ha de ajustarse su solicitud y decisión. A pesar de que, en contra de lo expuesto, la medida impugnada se acordó por providencia, ha de estimarse subsanado el defecto con la presente resolución.

SEXTO.—El principio de contradicción es consustancial al proceso judicial y su desconocimiento supone un atentado al citado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido por el mencionado artículo 24.1 de la Constitución. Ahora bien, la contradicción no desaparece por adoptarse una medida cautelar "inaudita parte" cuando la eficacia de la medida así lo exige, siempre que se permita al afectado por ella oponerse a la misma. Este es el caso, entre otros, de la mentada anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad, regulada por la Ley Hipotecaria y su Reglamento, el del interdicto de obra nueva, contemplado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, e incluso el de las medidas cautelares innominadas previstas por el citado artículo 1428 de la Ley de

la medida provisionalísima, se fundamenta en la aplicación supletoria de la LEC en virtud de la disposición adicional sexta de la LJCA, que da entrada, a su vez, a la utilización del artículo 1428 de la LEC.

Desde esta perspectiva se afirma que:

1. De la doctrina del Tribunal Constitucional se extrae que las medidas cautelares integran el derecho a la tutela judicial efectiva y que éstas

---

Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, antes de adoptar cualquier medida cautelar en el incidente de suspensión, salvo que la eficacia de aquélla lo impida, debe darse audiencia a la Administración autora del acto y a las demás partes personadas para que, bien por escrito en un breve plazo común, bien en una inmediata comparecencia, puedan alegar lo que a su derecho convenga. Aunque en este caso se prescindió de la indicada audiencia, ha de considerarse también subsanado el posible defecto con la interposición del recurso de súplica, en el que el representante procesal de la Administración autora del acto ha tenido oportunidad de alegar los motivos de oposición a la medida ordenada.

SEPTIMO.—Examinada la procedencia de acordar medidas provisionalísimas que garanticen la efectividad de la decisión judicial de suspender la ejecutividad del acto administrativo impugnado y el alcance que aquéllas pueden tener así como las consecuencias que de éste se derivan para la sustanciación y decisión de las mismas, debemos analizar si, en este caso, procede su adopción ponderando los intereses en conflicto.

Los solicitantes de la suspensión de la ejecutividad de la declaración de urgencia de la ocupación de los bienes y derechos, afectados por la expropiación, esgrimen, en apoyo de su pretensión, que, dado el procedimiento previsto por el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, se llevará a cabo de inmediato el levantamiento del acta previa a la ocupación, de manera que, si esto no se suspende, la decisión que se adopte sobre la suspensión de la ejecutividad del acuerdo impugnado carecerá de efectividad por haber consumado su eficacia el acuerdo del Consejo de Ministros, a pesar de que, entre los bienes afectados por la expropiación, declarada urgente, se encuentran viviendas que constituyen su residencia habitual e industrias en funcionamiento.

El Abogado del Estado, al impugnar la decisión de la Sala, no cuestiona la autenticidad de esta última alegación de los recurrentes sobre el uso y destino de los bienes expropiados sino que centra su recurso en los argumentos jurídicos que, a su entender, impiden a la Sala adoptar la medida provisionalísima acordada, sin concretar tampoco los perjuicios que se derivan para los intereses generales con la imposición de la íntegra ejecución del acto hasta que se resuelva el incidente de suspensión.

La Sala, sin embargo, debe tener en cuenta que, aunque dicho incidente se tramitase con puntual cumplimiento de los plazos fijados por la ley, la celeridad del procedimiento, previsto por el mentado artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, permite a la Administración ocupar materialmente las viviendas y las industrias antes de resolverse aquél, de manera que, desde esta perspectiva temporal, está justificada la adopción de la medida tendente a evitar que la ocupación material de los bienes, propiedad de los demandantes, convierta en ineficaz la ulterior resolución judicial acerca de la suspensión pedida.

Ponderando el interés de los recurrentes a conservar sus viviendas e industrias, si la Sala decidiese suspender la ejecutividad del acto impugnado, y el interés público de proceder a la ocupación material e inmediata de aquéllas antes de resolver sobre la suspensión solicitada, no ofrece duda a este Tribunal que el simple retraso hasta que se resuelva aquel incidente no es susceptible de causar daños o perjuicios concretos (no adu-

han de ser eficaces para salvaguardar el derecho del que promueve el incidente de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo para que no carezca de significado el propio proceso cautelar.

2. Ante la laguna de la LJCA dado que, efectivamente, no existen medidas provisionales o precautelares en el ámbito del proceso contencioso-administrativo, ha de acudirse, por la habilitación de la disposición adicional sexta de la propia LJCA, a lo dispuesto en el artículo 1428 de la LEC, que permite al Juez adoptar, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste, las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de sentencia que en el juicio recaiga.

3. La medida «pre-cautelar» o provisionalísima debe limitar su objeto a garantizar que la resolución que se adopte en el proceso cautelar sea eficaz, concretándose los actos materiales que la Administración debe abstenerse de realizar, sin que su adopción pueda ser automática o generalizada ni pueda prejuzgar el contenido de la sentencia definitiva. El recurrente debe en todo caso justificar su pretensión y el Tribunal debe ponderar los intereses en conflicto para decidir con o sin audiencia de la Administración, esto último en casos de urgencia.

4. En el caso planteado, el Tribunal entiende que el interés de los recurrentes en conservar sus viviendas e instalaciones mientras se tramita la pieza de suspensión es superior al interés de la Administración en ocupar tales fincas para el fin expropiatorio, dado que la demora que se impone no es susceptible de causar perjuicios al interés público, todo ello en atención «al derecho fundamental a obtener una legítima tutela judicial al resolver el incidente de suspensión que se tramita». En consecuencia, el Tribunal acuerda la suspensión de la ocupación material de las citadas viviendas e instalaciones.

---

cidos por el representante procesal de la Administración) a los intereses públicos o de tercero, ya que con la medida solicitada no se trata de suspender la eficacia de la actuación administrativa, reconocida por los artículos 103 de la Constitución, 122.1 de la Ley de esta Jurisdicción, 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 94 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (suspensión que se pretende en el incidente cautelar), sino de demorar su plena materialización en aras del derecho fundamental a obtener una legítima tutela judicial al resolver el incidente de suspensión que se tramita.

Como consecuencia de esta contrastada valoración de intereses, la Sala considera que el único acto de ejecución que la Administración debe abstenerse de llevar a cabo, hasta tanto se decida el incidente de suspensión de la ejecutividad del acuerdo impugnado, es la ocupación material de las viviendas e industrias de los recurrentes, cuya momentánea posesión no ha aducido el Abogado del Estado que sea susceptible de causar daños o perjuicios concretos a los intereses generales ínsitos en la expropiación que se recurre. Con tal alcance debe estimarse, como ya adelantamos, el presente recurso de súplica interpuesto por aquél.»

En igual sentido se pronunció el auto de 19 de noviembre, dictado en un recurso en el que sí se dio audiencia al Abogado del Estado antes de adoptar la medida provisionalísima. En el auto de 3 de noviembre se emitió un voto particular oponiéndose al criterio de la mayoría, al que luego se hará alusión.



## 2. LAS MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS Y LA LEY DE JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Varios son los comentarios que sugieren los razonamientos que hace el Tribunal Supremo. Ante todo, conviene acotar que este comentario se va a centrar exclusivamente en la cuestión de la admisibilidad de las medidas provisionales en el ámbito de lo contencioso-administrativo, excluyendo por lo tanto el resto de las cuestiones que plantean las medidas cautelares, remitiéndose para ello a la autorizada bibliografía reseñada al comienzo de este comentario.

Como punto de partida no está de más el subrayar e insistir que la medida adoptada por el Tribunal Supremo no se encuentra prevista en la regulación del proceso contencioso-administrativo. Efectivamente, en la LJCA se expresa con claridad en el artículo 122.1 —dentro de las disposiciones comunes del capítulo V del Título IV— que «la interposición del recurso contencioso-administrativo no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición objeto del mismo, salvo que el Tribunal acordare, a instancia del actor, la suspensión». El pronunciamiento sobre la suspensión se sujeta en la LJCA al seguimiento de un obligado trámite procedimental del que son sus fases esenciales las siguientes:

*a)* Solicitud en cualquier estado del proceso, dando lugar a la apertura de una pieza separada (art. 122.1 de la LJCA).

*b)* Audiencia del defensor de la Administración demandada y de los coadyuvantes por término de cinco días.

*c)* En especial, si se opone el representante de la Administración a la suspensión, «fundado en que de ésta puede seguirse grave perturbación a los intereses públicos, que concretará, no podrá el Tribunal acordarla sin que previamente informe el Ministerio o Autoridad de que procediese el acto o la disposición del recurso» (art. 123.2).

*d)* Emitido el informe o transcurrido un plazo de quince días sin haberlo recibido, decisión del Tribunal mediante auto (art. 123.3).

*e)* El Tribunal puede exigir caución si de la suspensión hubiera de resultar daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero.

Este sistema no resulta alterado en el proceso especial de protección de los derechos fundamentales regulado en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, en el que se mantiene el principio de autotutela ejecutiva como regla general (es más, la regla del apartado 5 según la cual la interposición del recurso suspendía automáticamente la resolución administrativa cuando se tratara de sanciones pecuniarias reguladas por la Ley de Orden Público fue eliminada por la disposición derogatoria de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana) y la necesidad de un previo procedimiento para suspender la eficacia del acto, aunque —como es sabido— se alteren los criterios para decidir la suspensión. En este procedimiento la característica fundamental —habida cuenta de su ob-

jeto— es el acortamiento de los plazos de tramitación de la pieza de suspensión así como la intervención del Ministerio Fiscal; en efecto, el apartado 3 del artículo 7 prevé que una vez abierta la pieza separada «se dará traslado al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado, y se requerirá al órgano del que dimane el acto impugnado para que en el plazo de cinco días puedan informar acerca de la solicitud de suspensión». Sólo una vez deducidos los dictámenes e informes a que se refiere este apartado podrá la Sala —según dispone el apartado 4 del art. 7— suspender el acto con o sin afianzamiento.

Finalmente, en la propia Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, se dispone en el artículo 56.2 que, solicitada la suspensión, «el incidente se sustanciará con audiencia de las partes, y del Ministerio Fiscal, por plazo común que no excederá de tres días y con informe de las autoridades responsables de la ejecución, si la Sala lo creyera necesario».

De los preceptos transcritos se deduce con claridad que las leyes procesales configuran la suspensión del acto administrativo como la única medida cautelar que los Tribunales pueden adoptar para evitar perjuicios irreparables a los recurrentes mientras se sustancia la resolución del objeto del proceso (4), y que tal medida sólo puede ser decidida previo el cum-

---

(4) Este es el criterio del voto particular (suscrito por los Magistrados Goded Miranda, Hernando de Santiago y Sanz Bayón) al que anteriormente se ha hecho referencia, cuyo tenor literal se transcribe a continuación:

«PRIMERO.—Respetamos la opinión mayoritaria, pero discrepamos de ella, entendiéndolo que los artículos 122 a 125 de la Ley de la Jurisdicción, que regulan la suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto del recurso (Sección Segunda del Capítulo V del Título IV) no habilitan trámite alguno que faculte al Tribunal para acordar una suspensión de la ejecución, o de parte de la ejecución, del acto recurrido, con carácter de medida precauteladora o provisionalísima, antes de que se hayan cumplido los trámites del artículo 123 de la Ley. Esta consideración se reafirma si tomamos en cuenta que los preceptos antes aludidos no han sido objeto de modificación por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

La ejecutoriedad de los actos administrativos está fundada en la presunción de que la Administración actúa conforme a derecho y en la necesidad de no paralizar las actividades que los intereses públicos demandan con carácter inmediato por la interposición de los recursos promovidos contra las decisiones en que se fundamentan. Esta ejecutoriedad se encuentra establecida en el artículo 94 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A ella responde lo prevenido en el artículo 122.1 de la Ley de la Jurisdicción, según el cual, la interposición del recurso contencioso-administrativo no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición objeto del mismo, salvo que el Tribunal acordase, a instancia del actor, la suspensión. El Tribunal Constitucional ha declarado que no es contraria a la Constitución, siempre que respete los derechos fundamentales de los afectados, la potestad de autotutela o de autoejecución de sus propios actos y resoluciones, practicable genéricamente por cualquier Administración Pública (cfr. sentencia 22/1984, de 17 de febrero).

En el ámbito del Derecho administrativo continúa siendo la regla la ejecutoriedad de los actos administrativos. La suspensión de la ejecución constituye la excepción, lo que conduce a una interpretación que, cuando menos, no puede tener carácter extensivo respecto a los supuestos previstos en la Ley.

plimiento de los requisitos allí enunciados, entre ellos audiencia de la Administración e informe del órgano autor del acto.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en multitud de ocasiones sobre la necesidad de seguir estos trámites, como garantía para la adopción

---

Ello nos conduce a disentir del criterio de la Sala, entendiendo que, por regla general, no es posible acordar la suspensión de la ejecución del acto administrativo, en todo o en parte, sin cumplir previamente los trámites del artículo 123 de la Ley de la Jurisdicción.

No entendemos que pueda en este caso aplicarse supletoriamente, como lo hace la Sala, el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este precepto tiene por objeto hacer posible la adopción de medidas cautelares respecto a obligaciones de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas y específicas, obligaciones en las que acreedor y deudor son personas particulares, sujetas al Derecho privado. Tales obligaciones no guardan analogía con la actividad expropiatoria de la Administración, basada en un título de Derecho público, representativa de un interés general y protegida por una potestad de autoejecución. Ello sin hacer referencia a que el mencionado artículo 1428 exige la prestación de fianza por parte del solicitante de las medidas de garantía y permite la oposición del demandado cuanto éste se comprometa a indemnizar los daños y perjuicios que puedan ocasionarse al actor (párrafos 2.º y 5.º del art. 1428), compromiso de indemnizar que se encuentra implícito en toda actividad expropiatoria.

Debemos añadir que, en todo caso, a nuestro juicio, tal medida precauteladora no podría adoptarse "inaudita parte", esto es, sin haber oído a la representación de la Administración, que, además, tiene la facultad de fundar su oposición en que de la suspensión de la ejecución del acto puede seguirse grave perturbación a concretos intereses públicos, lo que obliga al Tribunal a solicitar el informe del Ministerio o autoridad de que procediese el acto con carácter previo a la adopción de una decisión al respecto (art. 123.2).

Con ser los expresados argumentos suficientes, a nuestro parecer, para disentir del criterio de la Sala, no son los que estimamos fundamentales para servir de base a una resolución del recurso de súplica que anule en parte la providencia impugnada, por lo que pasamos a continuación a exponer la razón que valoramos como esencial a dicho fin.

SEGUNDO.—Se ha repetido en numerosas ocasiones, al resolver sobre la petición de la ejecución de las decisiones administrativas, lo manifestado en el apartado 7 de la Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional, a cuyo tenor, al juzgar sobre la procedencia de la suspensión se debe ponderar, "ante todo", la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión con mayor o menor amplitud según el grado en que el interés público esté en juego. Son numerosas las resoluciones pronunciadas por este Tribunal Supremo subrayando la necesidad de valorar los intereses públicos comprometidos frente a los intereses particulares afectados, que también son acreedores a ser protegidos y garantizados (citaremos, entre otros muchos, los autos de 21 de marzo de 1988, 6 de junio y 28 de septiembre de 1990).

Naturalmente, si el Tribunal debe ponderar el interés público que resulta afectado para decidir la suspensión de la ejecución de un acto administrativo, con mayor razón debe hacerlo para adoptar un acuerdo de suspensión, aun cuando sea parcial, que ha de calificarse como precauteladora o provisionalísima, esto es, acordando con anterioridad a la completa tramitación de la pieza separada de suspensión.

En los hechos sometidos ahora al enjuiciamiento de la Sala han de valorarse dos intereses diferentes: el interés público en realizar y concluir en el más breve plazo posible las obras de ampliación del Aeropuerto de Madrid-Barajas; el interés particular de que la urgente ocupación

de una resolución que garantice el debido equilibrio entre el interés del recurrente y el que tutela la Administración demandada (5).

No cabe duda que entra dentro de lo perfectamente admisible en una futura reforma de la Ley Procesal la posibilidad de incrementar las medi-

---

de las fincas afectadas por la expropiación iniciada para realizar aquellas obras no produzca perjuicios graves a personas que viven en edificios situados en los terrenos que han de expropiarse, o a industrias que funcionan en ellos, interés sin duda de importancia, ya que la ocupación puede obligar a desalojar las viviendas y a paralizar las industrias.

No es éste el momento de formular un juicio definitivo sobre si la ponderación justa de los intereses en juego debe determinar la suspensión de la ejecución de los actos recurridos, que lleva consigo la paralización de la actividad expropiatoria de la Administración. Este pronunciamiento tendrá lugar cuando se decida el incidente de suspensión, después de cumplidos los trámites del artículo 123 de la Ley Jurisdiccional.

Pero entendemos que, en esta fase precautelar, el interés público representado por la ampliación del aeropuerto de Madrid-Barajas (desarrollo de nueva zona del aeropuerto), esencial para el desenvolvimiento normal del tráfico aéreo nacional e internacional y, por tanto, para cubrir necesidades económicas de primer orden del país; entendemos —repetimos— que este interés prevalece sobre el de los particulares afectado, aun a pesar de su importancia. Tomamos en cuenta que la Administración, conforme a la Ley de Expropiación Forzosa, ha declarado urgente la expropiación, lo que implica que ha valorado como prevalente la rapidez en la ejecución del proyecto y puesta en funcionamiento de las nuevas instalaciones. Por otra parte, los afectados tienen derecho a ser indemnizados en todos los daños y perjuicios que sufran como consecuencia de la actividad de la Administración, existiendo todo un cuerpo de legislación y jurisprudencia cuyo objeto es proveer al expropiado de un equivalente económico que le permita sustituir los bienes de que se le priva y resarcirle de los perjuicios causados por la rápida ocupación, como establece la regla 5.ª del artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, que cita especialmente los derivados de las “mudanzas” y otros igualmente justificados.

Lógicamente —no parece necesario insistir en ello—, si la expropiación de los terrenos se declarase improcedente, la Administración habría de indemnizar todos los daños y perjuicios causados y, formando parte de los mismos, los derivados de la rápida ocupación, en su caso, en los términos de la regla 5.ª del citado artículo 52 de la Ley Expropiatoria General.

En esta fase precautelar, pues, estimamos que el interés público prevalece sobre el interés privado, por lo que no procede adoptar medidas previas de paralización, aunque sean parciales de la actividad administrativa de expropiación, *sin que ello suponga prejuzgar en absoluto lo que la Sala haya de decidir una vez ultimada la tramitación de la pieza de suspensión*, a la vista de lo alegado por ambas partes, confirmando esta opinión la obligación legal que la Administración tendría, en cualquier caso, de indemnizar los perjuicios derivados de una rápida ocupación de los terrenos.

Ahora bien, como la ejecución de los actos de ocupación de las fincas y posterior realización de las obras puede generar responsabilidades patrimoniales de importancia en el supuesto sometido a examen de la Sala, consideramos que la petición de suspensión de la ejecución debería ponerse en conocimiento de los órganos de la Administración, a los efectos procedentes, lo que, por otra parte, ya ocurre en las actuaciones a que el presente recurso de súplica se refiere.»

(5) La importancia del trámite de audiencia ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Supremo en el auto de 4 de febrero de 1994, en el que se afirma que

das cautelares, incluida la previsión de medidas provisionalísimas (6). Ahora bien, mientras tanto, es un hecho que tales medidas no se encuentran previstas y, es más, la última reforma procesal de la Ley de Jurisdicción —operada por la Ley 19/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal— no ha abordado modificación alguna en este punto (y ya se ha aludido al contenido de la derogación operada por la Ley sobre Protección de la Seguridad Ciudadana).

En las resoluciones comentadas, el Tribunal Supremo decide la adopción de esta medida provisionalísima de suspensión en un caso sin audiencia de la Administración y en otro con audiencia pero sin seguir el procedimiento previsto en la Ley.

No existe duda que la adopción de medidas cautelares forma parte del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución española. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, comentadas por la doctrina y citadas en el propio auto del Tribunal Supremo objeto de comentario.

La doctrina constitucional sobre el principio de autotutela y las medidas cautelares parte de que el citado principio no es contrario a la Constitución, sino que está amparado en el de eficacia enunciado en el artículo 103 de la CE (como declaró la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984), sin que tampoco resulte contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencia 66/1984).

Ahora bien, según el Tribunal, la efectividad de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad

---

\*... se ha de considerar que, ciertamente no consta que, en la pieza separada de suspensión de la ejecución, de actual referencia, se haya efectivamente oído, o, cuando menos, dado ocasión de audiencia a expresada representación, como imperativamente establece el párrafo 2, del artículo 123, de la Ley reguladora de esta jurisdicción...

... Dicho trámite procesal, por su naturaleza y relevancia, es esencial y no puede ser subsanado por actuaciones posteriores en esta segunda instancia; ya que, no sólo podría oponerse el señor Abogado del Estado a la suspensión pretendida por el demandante del asunto principal, fundado en que de ésta pudiera seguirse grave perturbación a los intereses públicos, que habría de concretar, sino que además, vedó procesalmente la ocasión, de que en caso positivo, se hubiere solicitado por la Sala de instancia el "Informe al Ministerio o autoridad de que procediese el acto objeto del recurso", conforme preceptúa el mentado precepto de la Ley jurisdiccional. Por ello, se estima procedente acordar la nulidad de actuaciones de la primera instancia, desde el momento procesal en que, en la pieza separada de suspensión de la ejecución se debió oír al señor Abogado del Estado, como preceptúa el párrafo 2, del artículo 123, de la Ley Jurisdiccional citada, con lo que deviene la reposición de las actuaciones de la primera instancia a aquel momento procesal».

(6) De hecho, en el artículo 129.2 del anteproyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se prevén estas medidas que se adoptarán a instancia de parte, previa audiencia de la Administración demandada, y cuyo efecto se limita a treinta días, de tal manera que si en dicho plazo «no se dictare auto en la pieza de suspensión, quedarán automáticamente sin efecto las medidas adoptadas». El Anteproyecto contempla también la posibilidad de adoptar otras medidas cautelares en casos de urgencia (art. 133).

de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso (Sentencia 14/1992), con control judicial del carácter inmediatamente ejecutivo de los actos de la Administración (así, la Sentencia 238/1992 declaró la inconstitucionalidad del art. 2 de la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables, de 19 de noviembre de 1979, que impedía en todo caso la suspensión del Decreto de declaración de urgente ocupación). El Tribunal ha declarado también que los defectos o errores cometidos en incidentes cautelares del procedimiento son relevantes desde la perspectiva del artículo 24.1 de la Constitución si imposibilitan la efectividad de la tutela judicial, implican la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o prejuzgan irreparablemente la decisión final del proceso (Sentencias 237/1991 y 218/1994). El derecho a la tutela se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción necesaria, resuelva sobre la suspensión porque «la rigurosidad de la regla de la no suspensión arbitrando para las hipótesis estimatorias del recurso difíciles fórmulas reintegrativas o permitiendo situaciones irreversibles, o generando de una u otra forma limitaciones carentes de justificación respecto al acceso a la jurisdicción, podrán dañar el derecho a la tutela judicial y justificarán que, desde la idea del artículo 24.1 de la CE, se reinterpreten los preceptos aplicables» (Sentencia 66/1984).

Finalmente, la Sentencia 22/1993, de 29 de abril, declara que «el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal, sí ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo (*periculum in mora*) y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (*fumus boni iuris*) y, de otro lado, valorar el perjuicio que para el interés general (en este caso asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales) acarrearía la adopción de la medida cautelar solicitada». En cualquier caso, el Tribunal considera que «... la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue».

Ahora bien, este planteamiento constitucional resulta compatible —sin perjuicio de fórmulas imaginables *lege ferenda* a las que se ha hecho referencia— con el actual sistema legal antes expuesto en el que se asegura la tutela judicial efectiva del recurrente mediante la adopción de la medida cautelar de suspensión del acto. No parece que venga exigida constitucionalmente la adopción de medidas distintas a las legalmente previstas, porque el derecho a la tutela judicial efectiva queda cumplimentado con la suspensión —total o parcial— del acto que se recurre a través del procedimiento legalmente establecido.

A estos efectos puede volver a traerse aquí la Sentencia del Tribunal Constitucional 238/1992, de 17 de diciembre (cuestión de inconstitucional-

alidad de la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables), en la que se comienza afirmando el principio de ejecutividad y su modulación por la eventual adopción de medidas cautelares como medida siempre abierta y necesaria para garantizar el respeto a la tutela judicial efectiva, por lo que es «preciso que se facilite que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal, y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, pueda resolver sobre su eventual suspensión (STC 66/1984, fundamento jurídico 3.º)». Ahora bien —sigue la sentencia—, «todo ello, desde luego, sin perjuicio del margen de discrecionalidad del legislador para modular o condicionar la concesión de esa suspensión y del margen de apreciación del juzgador para conceder o negar, ponderadas las circunstancias del caso, la suspensión pedida (STC 66/1984, fundamento jurídico 3.º)».

De este razonamiento del Tribunal Constitucional se deduce la necesidad de que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la decisión de suspender el acto administrativo impugnado no de plano, sino previa la información y contradicción necesarias, y —lo que es más importante— se afirma que en este punto, salvado el principio fundamental de que el recurrente pueda siempre impetrar la tutela cautelar del órgano jurisdiccional, ésta debe administrarse conforme al sistema que haya diseñado el legislador. Quiere esto decir que el desarrollo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en este aspecto de tutela cautelar es un derecho de configuración legal, con la consecuencia de que los Jueces en su función jurisdiccional deben respetar las decisiones del legislador y limitarse a la aplicación del ordenamiento vigente.

El derecho a la tutela se satisface con el conocimiento del Tribunal de la pretensión de suspensión, pretensión que debe tramitarse siguiendo un procedimiento, único modo de asegurar el necesario equilibrio entre el interés del recurrente por conseguir una sentencia que pueda finalmente ejecutarse y el interés público que encarna la Administración para el que reclama la ejecución del acto, y que exige que ninguna medida suspensiva pueda ser acordada sin la necesaria audiencia tanto de su representante como del órgano que dictó el acto. En el procedimiento contencioso-administrativo se prevén una serie de trámites, desde la audiencia del representante de la administración impugnada para que alegue, hasta el preciso informe del órgano que gestiona el interés público ínsito en la actuación administrativa impugnada, destinados a ilustrar al Tribunal sobre cómo asegurar la adecuada solución del conflicto de intereses planteado.

Si el legislador ha configurado un marco de medidas cautelares que no permite la adopción de las provisionalísimas, sistema que no puede considerarse inconstitucional, la seguridad jurídica reclama que los Tribunales apliquen el sistema vigente y que no se aparten de él; efectivamente, la falta de habilitación legal de los supuestos en los que tal medida puede ser adoptada hace en cierta manera discrecional su ejercicio y, por tanto, abre el riesgo de su utilización arbitraria, generando, además, falsas expectativas en los recurrentes. Puede llevar a producir una inversión de los térmi-

nos de la regla del artículo 122 de la LJCA, según la cual la interposición del recurso contencioso-administrativo no suspende la ejecución del acto impugnado, con la potencial paralización de la actuación administrativa. Además, la adopción de la medida sin audiencia de la Administración o sin el informe del órgano que dictó el acto excluye la contradicción necesaria para que el Tribunal pueda ponderar adecuadamente los intereses en juego, aumentando el riesgo de la improcedencia de la medida que se adopte e introduciendo —por más que se pretenda evitar en el razonamiento de la resolución comentada— unas dosis de automaticidad elevada.

La llamada que realiza el Tribunal Constitucional a hacer primar en todo caso la tutela judicial efectiva —y por consiguiente a interpretar los preceptos legales en función de su eficacia— tampoco resulta incompatible con lo que se acaba de expresar, y para los casos extremadamente urgentes en los que aparezca ostensiblemente justificado —que previsiblemente no serán la mayoría— puede arbitrarse, ante la excesiva duración de la pieza de suspensión, la sustitución del trámite de alegaciones escritas por una comparecencia (así ocurrió en el caso que dio lugar a la Sentencia 22/1993 del Tribunal Constitucional, siendo la medida adoptada declarada idónea por el propio Tribunal) en la que cada una de las partes pueda alegar sus argumentos adoptando tras esta comparecencia la resolución que se estime procedente sobre la solicitud de suspensión.

### 3. APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Si la sola argumentación constitucional no habilita la decisión adoptada por los autos comentados en contra de lo dispuesto en la LJCA, tampoco desde la perspectiva de la legislación ordinaria resulta de recibo la invocación del carácter supletorio de la LEC. Ciertamente es que la disposición adicional sexta de la LJCA dispone que «en lo no previsto en esta Ley regirá como supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil...», pero a esta Ley debe acudir en ausencia de regulación legal y siempre que se pueda aplicar.

El Tribunal utiliza este criterio para dar entrada al artículo 1428 de la LEC —ubicado dentro del Título XIV del Libro II, titulado «De los embargos preventivos y del aseguramiento de los bienes litigiosos»— y con ello a la posibilidad de aplicar las denominadas por los procesalistas «medidas innominadas».

Ahora bien, acudir a la supletoriedad de la LEC supone afirmar la existencia de laguna en la Ley Procesal Contenciosa, y esto no ocurre en esta materia porque el legislador ha querido configurar las medidas cautelares de un determinado modo en el proceso contencioso-administrativo, y tal modo es el antes expuesto.

La llamada a la LEC no es apropiada puesto que —sin perjuicio de sus afinidades fundamentales— las medidas cautelares en el proceso contencioso tienen unas características propias que las diferencian del proceso civil. En éste, el Juez tiene que considerar la apariencia de buen derecho del



solicitante y el perjuicio que pueda ocasionarle la tramitación del proceso para la eficacia final de su pretensión. Se trata del interés de un particular frente a otro, siendo los respectivos intereses cualitativamente idénticos. En el caso de los litigios contra la Administración, no cabe duda que a estos dos elementos debe añadirse la valoración del interés público que la Administración persigue y para el cual es investida de sus potestades, entre ellas la autotutela declarativa y ejecutiva, que no opera en las medidas cautelares civiles.

Efectivamente, las medidas previstas en la LEC en los artículos 1397 y siguientes no guardan analogía con el proceso contencioso-administrativo; el embargo preventivo (arts. 1397 a 1418 de la LEC) persigue prevenir la insolvencia del futuro demandado por deudas en metálico o en especie, cuando es extranjero o, aun no siéndolo, exista «motivo racional para creer que ocultará o malbaratará sus bienes en daño de sus acreedores» sin que pueda decretarse si el deudor —art. 1405— paga, consigna o afianza. Por su parte, la segunda medida cautelar prevista en los artículos 1419 a 1427 es el aseguramiento de los bienes litigiosos para el caso de que —art. 1419— se demandare, previa justificación de los documentos justificativos de su derecho, «la propiedad de minas, montes, cuya principal riqueza consista en arbolado, plantaciones o establecimientos fabriles».

Finalmente, las medidas innominadas previstas en el artículo 1428 de la LEC contemplan el caso del que presenta «en juicio un principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer o de entregar cosas determinadas o específicas, “habilitando al Juez para que éste adopte” a instancias del demandado y bajo la responsabilidad de éste, las medidas que según las circunstancias fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere». El solicitante debe «prestar fianza previa y bastante» y el incidente se sustancia en una comparecencia en la que se oír a las partes, previéndose incluso la práctica de prueba.

No puede equipararse, conforme afirma el voto particular ya citado (7), la solicitud de una medida cautelar consecuencia de la exigencia de una obligación de hacer, no hacer, o de entregar cosas determinadas, con la impugnación, por ejemplo, de una sanción disciplinaria, una expropiación, la resolución de un concurso, o un reglamento, en la que está en juego el ejercicio de funciones públicas.

En definitiva, no parece correcta la invocación de la supletoriedad de

---

(7) «Este precepto tiene por objeto hacer posible la adopción de medidas cautelares respecto a obligaciones de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas y específicas, obligaciones en las que acreedor y deudor son personas particulares, sujetas al Derecho privado. Tales obligaciones no guardan analogía con la actividad expropiatoria de la Administración, basada en un título de Derecho público, representativa de un interés general y protegida por una potestad de autoejecución. Ello sin hacer referencia a que el mencionado artículo 1428 exige la prestación de fianza por parte del solicitante de las medidas de garantía y permite la oposición del demandado cuanto éste se comprometa a indemnizar los daños y perjuicios que puedan ocasionarse al actor (párrafos 2.º y 5.º del art. 1428), compromiso de indemnizar que se encuentra implícito en toda actividad expropiatoria.»

la LEC en este caso para arbitrar una precautelar suspensión del acto administrativo recurrido.

Mucho menos resulta procedente adoptar tal medida —como ocurrió en la providencia de suspensión que dio lugar al auto de 2 de noviembre— no sólo sin exigir fianza al solicitante, sino además sin audiencia de la Administración demandada, porque de esta manera se imposibilita que ésta pueda hacer valer ante el órgano jurisdiccional los argumentos en favor de la ejecutividad del acto que pueda exigir en cada caso la protección del interés público, más aún cuando, en la iniciación de la pieza de suspensión, no se cuenta ni siquiera con el expediente administrativo para proporcionar al Tribunal los mínimos elementos de juicio.

#### 4. CONCLUSIÓN

Curiosamente, a la hora de decidir finalmente la pieza de suspensión, el Tribunal —mediante autos de 15 de enero y de 7 de marzo de 1994— (8)

(8) Así, en el auto de 15 de enero de 1994 se razona:

«CUARTO.—El motivo que esgrimen también los recurrentes para reclamar la suspensión, relativo a la inexistencia de razones justificativas de la urgencia, merece una singular atención porque, aunque dicho acuerdo cumple formalmente lo dispuesto por el artículo 56.1 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, al expresar las circunstancias que justifican acudir al procedimiento de urgencia previsto por el artículo 52 de esta Ley, sin embargo cabría plantearse si las aducidas a tal fin son razonablemente determinantes de la necesidad de urgente ocupación.

Ahora bien, de proceder a este análisis estaríamos también anticipando la solución del pleito, lo que, según lo expuesto en el precedente fundamento jurídico, no se compadece con el principio de que la medida cautelar no puede constituir una resolución anticipada de la cuestión sometida, a través del proceso, a la decisión del Tribunal, y así lo señala la propia representación procesal de los recurrentes al decir que *“aunque ciertamente afecte al fondo del asunto ... la supuesta urgencia no se motiva”*. Razón por la que la suspensión cautelar del carácter urgente del procedimiento expropiatorio transformaría la expropiación, combatida en el juicio, en una expropiación ordinaria, con lo que habríamos resuelto anticipadamente, sin tramitar el juicio, la cuestión objeto del pleito, adoptando, en definitiva, una decisión que sólo en sentencia cabe pronunciar a fin de salvaguardar el derecho al proceso con las debidas garantías, que establece el artículo 24 de la Constitución y es uno de los principios generales del derecho inspiradores de nuestro sistema judicial y procesal, al que dicho precepto no hace sino dar un respaldo normativo de rango fundamental.

QUINTO.—Finalmente nos resta por examinar el alegado perjuicio a los recurrentes con la ocupación de sus viviendas e industrias frente al nulo daño al interés público por la tramitación de la expropiación por el trámite ordinario, lo que, según aquéllos, justifica la suspensión al ser prevalente su interés en conservar tales viviendas e industrias hasta tanto se les abonase el justiprecio frente al público de ocuparlas para realizar unas obras que habrán, según la motivación del propio acuerdo impugnado, de estar terminadas en el año dos mil con un límite máximo en el año dos mil doce.

ordenó el levantamiento de las suspensiones acordadas considerando que debe primar el interés público en ejecutar la expropiación sobre el interés particular en conservar las viviendas y edificios mientras se ventila el pleito. A estos efectos cabe cuestionarse de nuevo si el automatismo con el que se adoptaron las medidas precautelares se aviene con la necesaria recopilación y ponderación de los elementos de juicio necesarios para decidir.

---

A este argumento el Abogado del Estado aduce que en el incidente de suspensión no se ha practicado prueba alguna encaminada a acreditar que, efectivamente, los bienes a ocupar son viviendas, en las que los solicitantes de la medida tienen su residencia, o industrias en pleno funcionamiento.

Sin embargo, no cabe dudar de que las alegaciones de los recurrentes sean ciertas porque de los documentos, ya aportados al pleito, resulta que gran parte de los bienes a ocupar están identificados como edificaciones residenciales e industrias además de que es el propio Abogado del Estado quien, para oponerse a la petición de suspensión, expresa literalmente que "aunque el expediente expropiatorio lleva aparejada la declaración de ocupación urgente, ello no quiere decir que la Administración expropiante vaya a ocupar los bienes de una manera súbita e irracional", de donde hemos de inferir que el uso y destino de los bienes exige una ocupación paulatina y razonable, que demuestra la realidad de un uso que no debe ser bruscamente impedido y que, en buena lógica, hemos de colegir que sea el residencial e industrial que afirman los solicitantes de la medida y corrobora ese principio aludido de prueba documental.

Partiendo de que los bienes están destinados a vivienda y al ejercicio de una industria, debemos ponderar si el interés de los titulares de éstas es prevalente, en cuyo caso el principio de efectividad de la tutela judicial conduciría a la suspensión interesada, o bien si resulta preeminente el interés público de remodelar y ampliar el aeropuerto para atender a las necesidades de la navegación aérea previstas para el año dos mil, en cuyo supuesto el principio de la eficacia administrativa obligaría a rechazar tal suspensión de la ejecución del acuerdo impugnado.

Ante la tensión en que estos intereses aparecen, la Sala se decanta en favor del interés público porque considera que la reparación del perjuicio causado a los propietarios de los bienes ocupados resultaría, en el caso de estimarse la acción que ejercitan en el proceso principal, más hacedera que la del que se inferiría al interés general insito en la actuación expropiatoria si se declara ésta ajustada a Derecho, lo que obliga a rechazar la petición de suspensión de la ejecución del acuerdo del Consejo de Ministros impugnado.»

