

RECURSO CONTRA VIAS DE HECHO: UNA REGULACION PELIGROSA Y PROBLEMÁTICA

Por
ANA BELÉN GÓMEZ DÍAZ
Universidad Complutense

SUMARIO: I. LOS PRESUPUESTOS DE LA NUEVA REGULACIÓN: A) *Un obstáculo a superar: la arcaica concepción del contencioso como mecanismo revisor de actos formales.* B) *Una perspectiva reduccionista: el protagonismo de la vía de hecho.* C) *La influencia del modelo interdicial.*—II. LAS ESPECIALIDADES PROCESALES: A) *El requerimiento previo:* 1. Flexibilidad del trámite: naturaleza, contenido, destinatario y contestación. 2. La cuestión del plazo para formular el requerimiento. B) *El plazo de interposición del recurso:* 1. La incomprensible brevedad del plazo cuando se ha formulado requerimiento previo. 2. El plazo en ausencia de requerimiento. 3. Más de lo mismo: el plazo de interposición en el procedimiento para la protección de derechos fundamentales. C) *El régimen de medidas cautelares:* 1. Un principio de fondo aparentemente privilegiado. 2. El confuso régimen de las medidas preprocesales: a) La remisión al artículo 135. b) El tiempo hábil para la solicitud. c) La celebración de la comparecencia. d) La interposición ulterior del recurso.—III. HACIA UN REPLANTEAMIENTO DEL CONTROL DE LAS ACTUACIONES MATERIALES ILEGALES.

Una de las novedades más esperadas de la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) ha sido, a no dudar, el establecimiento de un régimen de impugnación de las actuaciones administrativas constitutivas de vías de hecho. La innovación, de la que se hace eco de modo explícito y reiterado la Exposición de Motivos (1), ha sido recibida por la doctrina con satisfacción unánime; valoración que, en línea de principio, debe compartirse sin reservas.

Esta satisfacción, sin embargo, no ha impedido que aspectos concretos de esta nueva modalidad impugnatoria hayan sido ya objeto, en algún caso, de críticas tan generalizadas como certeras, a las que cabe reprochar sólo su carácter fragmentario: el hecho de que el régimen de este instituto se encuentre disperso a lo largo del articula-

(1) «Otra novedad destacable es el recurso contra las actuaciones materiales en vía de hecho. Mediante este recurso se pueden combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase. La acción tiene una naturaleza declarativa y de condena y a la vez, en cierto modo, interdicial, a cuyo efecto no puede dejar de relacionarse con la regulación de las medidas cautelares. Por razón de la materia, la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de estos recursos se explica sobradamente» (V. párrafo antepenúltimo).

do de la nueva Ley (2) ha impedido hasta la fecha un análisis y valoración global del mismo en los comentarios de ésta que, artículo por artículo y debidos a plumas diversas, han visto la luz hasta la fecha.

Realizar este análisis de conjunto es una experiencia que confirma y amplía las impresiones dubitativas que la doctrina ha venido vertiendo acerca de los preceptos que la LJCA dedica a la vía de hecho, cuya redacción ofrece un panorama harto problemático: como es frecuente que suceda en los últimos tiempos, el intento de regulación legislativa de este instituto ha arrojado un resultado tan claramente bienintencionado como inequívocamente confuso. La impecable voluntad del legislador de ampliar el ámbito de garantías jurisdiccionales de los ciudadanos se ha traducido, de modo paradójico, en un régimen lleno de interrogantes y ambigüedades que, de no ser urgentemente salvadas mediante una interpretación razonable, puede convertir lo que se ha intentado que fuera un instrumento privilegiado de control en una fuente inagotable de indefensiones para recurrentes confiados.

I. LOS PRESUPUESTOS DE LA NUEVA REGULACIÓN

La primera impresión que suscita la lectura conjunta de los preceptos de la LJCA relativos a la impugnación de la vía de hecho es la ausencia de un modelo claro y simple para el tratamiento procesal de este tipo de actividad administrativa irregular; antes bien, el legislador parece haber intentado plasmar un *compositum* de ideas de diverso origen y no bien definidas, cuyo ensamblaje ofrece notorias deficiencias. De una parte, se ha ampliado el ámbito de la actividad impugnabile, estableciendo respecto de la misma un régimen parcialmente peculiar de pretensiones. Hasta aquí, la intención legislativa parece haberse limitado a establecer, entre otras, una nueva *ouverture* del proceso contencioso (tomando prestada esta expresión de la historia del recurso francés por exceso de poder). Pero el diseño de esta nueva vía impugnatoria se ha hecho con una considerable imprecisión: de una parte, su objeto se define apelando a un concepto —el de vía de hecho— que, pese a su tradición y empleo habitual, posee contornos profundamente indefinidos; y, de otra, la LJCA anuda a esta noción un conjunto de especialidades procesales salpicadas a lo largo de su texto, construidas con ostensible desaliño y que, sobre todo, no permiten formular una conclusión pacífica acerca de si

(2) Artículos 13.b), 25.2, 30, 32.2, 45.2.c), 45.5, 46.3, 51.3, 115.1 y 136, amén de otras referencias singulares no significativas.

se ha querido o no establecer un tipo de proceso autónomo (lo que conlleva serias dudas en torno a su compatibilidad con el proceso ordinario).

Los motivos de este defectuoso planteamiento son fáciles de comprender: se encuentran, de un lado, en el intento de superar los problemas prácticos que la Ley de 1956 ofrecía en punto al control de la actividad material de la Administración; de otro, en un defecto de perspectiva al abordar este problema, debido al protagonismo absorbente del concepto de vía de hecho; y, por último, en la tendencia a reproducir en la vía contenciosa las virtualidades del proceso interdictal.

A) *Un obstáculo a superar: la arcaica concepción del contencioso como mecanismo revisor de actos formales*

Las dificultades que ofrecía el sistema contencioso tradicionalmente vigente en España para el control de la actividad puramente material de la Administración son bien conocidas, y han sido puestas de relieve en numerosas ocasiones (3). Descritas de modo muy esquemático, tales dificultades se centraban en torno a dos tipos de problemas.

1. En primer lugar, un problema de viabilidad del recurso contencioso: habiendo sido diseñado éste, históricamente, como un proceso dirigido contra actos formales de la Administración, que constituían el presupuesto necesario del mismo, la aparente inexistencia de tales actos en los supuestos de actuación material propiciaba que la Administración demandada alegara la inadmisibilidad de los respectivos recursos por ausencia de acto impugnabile.

Esta argumentación encontró expresa acogida en diversos fallos jurisdiccionales hasta principios de los años ochenta, en que un decidido giro jurisprudencial liquidó la cuestión de manera expeditiva, admitiendo sin ambages la procedencia del recurso contencioso contra las actuaciones materiales constitutivas de vías de hecho (4); un

(3) Por todos, y entre las aportaciones más recientes, vid. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Madrid, 3.ª ed., 2 vols., 1998, vol. I, págs. 729 y 741, y F. LÓPEZ MENUDO, *Comentario al artículo 30 de la LJCA*, «REDA», 100 (1998), págs. 315-316.

(4) Así, en las Sentencias de 2 de noviembre de 1981, Aranz. 4718 (de la que fue ponente D. Angel Martín del Burgo); de 4 de noviembre de 1982, Aranz. 6965; de 3 de diciembre de 1982, Aranz. 7512; de 5 de febrero de 1985, Aranz. 797; y, sobre todo, la de 22 de septiembre de 1990, Aranz. 7285, en ponencia de D. Francisco González Navarro, contundente como todas las suyas. Las referencias están tomadas de J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, cit., 1, págs. 738-740.

giro que recibió la confirmación expresa de la jurisprudencia constitucional en la conocida STC 160/1991, al decir de manera concluyente que «en la expresión “actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo” y otras similares con las que las leyes vigentes [...] definen el objeto del recurso contencioso-administrativo han de entenderse comprendidos los actos administrativos expresos, tácitos y presuntos, y las actuaciones de la Administración que constituyen simples vías de hecho».

Lo único sorprendente de estas incuestionables declaraciones es que haya podido tardarse tanto tiempo en desmontar un argumento dialéctico tan claramente inconsistente como es afirmar que en las actuaciones administrativas de carácter material no existe acto administrativo: la Administración, a fin de cuentas, no es otra cosa que un conjunto de personas cuyas actuaciones materiales no se producen, desde luego, en virtud de reacciones instintivas inconscientes ni de manera espontánea o mecánica, sino necesariamente como consecuencia de alguna decisión tomada por un agente administrativo (competente o no, ésa es otra cuestión); y esa decisión no es otra cosa que un acto administrativo —obviamente, impugnabile—, al que no priva de tal condición el que haya podido ser expresado de manera verbal (así, art. 55.2 de la Ley 30/1992), o el hecho de ser adoptado de forma temporalmente simultánea a su ejecución (5).

2. Resuelto el problema del sometimiento al control contencioso de las actuaciones administrativas de carácter material (más concretamente, de las vías de hecho: no adelantemos acontecimientos), restaba, sin embargo, la dificultad relativa a la concreta formalización del recurso y a su articulación con la vía administrativa previa, exigible con carácter general antes de 1992. La solución apuntada por la doctrina consistía —al igual que en los supuestos de inactividad material— en la conversión de la actuación material en un acto administrativo formal a través de una solicitud de cesación de la ac-

(5) Esta concluyente afirmación es ya antigua en nuestra doctrina: vid. T. R. FERNÁNDEZ, *Las medidas de policía: su exteriorización e impugnación*, núm. 61 de esta REVISTA (1970), págs. 125 y ss. (en especial, págs. 137 y ss.); la lectura y toma en consideración a su debido tiempo de este magistral estudio hubiera evitado a la doctrina y a los Tribunales tantas vueltas y revueltas innecesarias, obligando al Tribunal Constitucional a reconocer, veintiún años después, esta evidencia, como hace de forma nítida en el mismo Fundamento Jurídico de la STC 160/1991 citada en el texto, y pocas líneas más arriba (un fragmento que la doctrina, sin embargo, no suele recordar): «Estamos así ante un supuesto típico de los denominados por la doctrina “actos tácitos”, esto es, *conductas o comportamientos de la Administración que revelan concluyentemente una decisión administrativa previa* y que se dan, sobre todo, en las actuaciones que llevan aparejada el uso de la fuerza y la coacción, donde muchas veces la ejecución misma se presenta como la única exteriorización de la voluntad administrativa. Son, pues, *actos administrativos y como tales objeto idóneo del recurso contencioso-administrativo*»; en el mismo sentido, la STC 294/1994.

tividad (entre otras posibles pretensiones); solicitud contra cuya desestimación expresa o tácita podía deducirse el oportuno recurso contencioso (6).

La solución, puramente pragmática, era innecesariamente compleja (¿para qué provocar un acto formal cuando tras la actividad material siempre tenía que existir, por fuerza, un acto administrativo?). Pero era también, en buena parte de los casos, ineficaz: la forzada espera a que se sometía al solicitante hasta el transcurso del plazo para entender desestimada su petición por silencio propiciaba la creación de situaciones de hecho irreversibles; cuando el asunto podía llegar a someterse a un Tribunal contencioso, la actuación material ya habría finalizado y sus efectos se habrían consumado por completo en la mayor parte de los casos, no dejando al recurrente otra posibilidad que el ejercicio de una acción indemnizatoria.

Sin embargo, seguir esta vía procesal era obligado de acuerdo con una actitud conservadora. Si el afectado por una actividad administrativa material tenía constancia indubitada acerca del autor de la *decisión que la había puesto en marcha, y siempre que dicha autoridad fuera de aquellas cuyos actos ponen fin a la vía administrativa*, le hubiera cabido la vía más rápida de interponer un recurso de reposición contra la decisión referida; recurso que, tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992, podía incluso omitir, formulando directamente un recurso contencioso contra la decisión de marras. Pero tal nivel de conocimiento no solía ni suele darse en los casos de actuaciones materiales irregulares, lo cual constreñía a los afectados a seguir la opción conservadora enunciada al principio, con el fin de evitar enfrentarse a otra alegación de inadmisibilidad por falta de agotamiento de la vía administrativa.

En definitiva: por absurdas y artificiosas que fueran estas dificultades, la conveniencia de que la nueva LJCA terminara con toda posibilidad de equívoco, incluyendo expresamente la posibilidad de recurso contra este tipo de actuaciones administrativas, era algo que no podía ponerse en duda. El legislador no ha defraudado estas expectativas y ha abordado el problema: pero lo ha hecho de manera claramente insatisfactoria, por su excesiva dependencia respecto de los planteamientos y soluciones del pasado.

(6) Por todos, una vez más, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, cit., I, pág. 741; también, F. GARRIDO FALLA, *Comentario a los artículos 25 y 26 de la LJCA*, «REDA», 100 (1998), pág. 265.

B) *Una perspectiva reduccionista: el protagonismo de la vía de hecho*

La primera complicación que introduce el legislador radica en el empleo de la noción de vía de hecho para incluir en el ámbito del recurso contencioso la actividad material ilegítima de la Administración. Era previsible que así sucediera, si se tiene en cuenta que, en el sistema revisor heredado por la Ley de 1956, los supuestos constitutivos de vía de hecho parecían ser los únicos netamente fiscalizables en el conjunto de la actividad administrativa material: los únicos aludidos por la jurisprudencia administrativa y constitucional que antes citamos, y también los únicos que abrían el camino inusual de la tutela interdictal civil; en este contexto histórico, no es de extrañar que la LJCA haya apelado al bien conocido concepto de vía de hecho. Pero ello ha generado un doble orden de dificultades.

1. De una parte, las derivadas del significado mismo de esta noción, sobre cuyo contenido y límites no existe, ciertamente, un nivel de precisión y de coincidencia mínimos; de lo que deriva un grado de inseguridad notable, tanto para los recurrentes como para los propios órganos jurisdiccionales.

La indeterminación del concepto deriva, en primer lugar, del aparente silencio del legislador; que, se dice, se ha limitado a asumir el forjado por la doctrina, a la que se remite de modo implícito (7). Esta opinión no puede ser aceptada sin reservas. Desde luego, la alusión que a la vía de hecho hace la Exposición de Motivos («actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica») es puramente aproximativa, sin pretensión delimitadora alguna. Pero es difícil negar toda relevancia a la previsión del artículo 51.3, que permite la inadmisión *a limine* del recurso cuando sea evidente que la actuación administrativa se ha producido «dentro de la competencia y en conformidad con las reglas del procedimiento legalmente establecido» (8): la coincidencia prácticamente literal de

(7) Tal es la opinión de F. LÓPEZ MENDUO, *Comentario...*, cit., pág. 317 («... ni siquiera la LJCA, que ahora se ocupa especialmente de ella [la vía de hecho], ha venido a aclarar lo que deba entenderse por tal. Así que el concepto de vía de hecho, por insólito que parezca, sigue siendo doctrinal»); del mismo parecer es M. SÁNCHEZ MORÓN, «El objeto del recurso contencioso-administrativo», en J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN (eds.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Valladolid, 1999, págs. 205 y 206.

(8) Con la finura que le caracteriza, F. LÓPEZ MENDUO pone en cuestión el valor delimitador de este precepto, al señalar que «hay que reparar en que lo regulado por el artículo 51 son las causas de inadmisibilidad decretables de oficio por el órgano jurisdiccional, lo que explica esa exigencia de gravedad o “evidencia” y resta valor al argumento de que en él se esté fijando, a efectos generales, el nivel de gravedad exigible para que el vicio de competencia o de procedimiento sea calificado como vía de hecho» (*Comentario...*, cit.,

este texto con el del artículo 101 de la Ley 30/1992 (9), en el que, según se entiende pacíficamente, se delimita la vía de hecho que abre la protección interdictal, obliga a considerar seriamente la hipótesis de que la LJCA haya pretendido definir indirectamente el contenido de la vía de hecho, restringiendo los supuestos de la misma a los vicios de incompetencia y de falta de procedimiento (sin entrar por ahora en mayores precisiones); en tal caso, es notorio que el ámbito de la noción resultaría, además de ambiguo por su descripción indirecta, mucho más restringido que el propuesto por la generalidad de la doctrina.

Pero el problema tampoco se resuelve aceptando la suposición de que el contenido de la vía de hecho sea el doctrinalmente establecido, dado que, aunque entre los autores que han intentado una descripción analítica de los supuestos de ilegalidad comprendidos en este concepto existen numerosas coincidencias, las disparidades entre sus respectivas tesis son sustanciales (10); algo tan legítimo y saludable en el orden de la producción intelectual como desorientador cuando la *opinio doctorum* se intenta convertir en parámetro de la decisión judicial.

pág. 317). El argumento es atractivo, pero no hace sino sortear el problema, eludiendo la aplicación literal del artículo 51.3. Tomemos uno de los supuestos generalmente aceptados como constitutivos de vía de hecho: la falta de proporcionalidad en la ejecución, como sería, p. ej., la imposición de una multa coercitiva por importe diez veces superior al valor de la prestación que se impone al ciudadano; si el juez contencioso (habiendo sido impugnada la multa como vía de hecho) constata inicialmente que, de modo notorio, la multa fue impuesta por el órgano competente y siguiendo con todo rigor el procedimiento legalmente establecido (aunque su cuantía sea, además de desmesurada, superior al máximo autorizado por la ley), ¿qué alternativa tiene ante lo que el artículo 51.3 establece? Es cierto que el precepto parece no imponer la declaración de inadmisibilidad («... podrá también inadmitir el recurso...»); potestatividad bastante poco congruente, por cierto, con el carácter imperativo y de orden público de la apreciación de las causas de inadmisión), lo que permitiría continuar el proceso; pero el problema volverá a presentarse en el momento de dictar sentencia, como más adelante comprobaremos.

(9) «No se admitirán a trámite interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido.»

(10) Basta, a tal efecto, comparar la enumeración de supuestos que se contienen en las obras de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 9.ª ed., 1999, págs. 792 y ss., así como en los *Comentarios* citados de J. GONZÁLEZ PÉREZ (págs. 730 y ss.) y de F. LÓPEZ MENUDO (págs. 317 y ss.). Un caso notorio de divergencia se aprecia en la calificación de las irregularidades sustanciales del acto de cobertura de la actuación material: para los dos autores citados en primer lugar, constituyen vías de hecho las actuaciones materiales basadas en actos nulos de pleno derecho, cualquiera que sea el motivo de dicha nulidad; GONZÁLEZ PÉREZ restringe la calificación de vía de hecho a los supuestos extremos de «ejecución de un acto que manifiestamente es imposible considerarlo aplicación de un texto legal o reglamentario», esto es, «cuando es evidente que el agente administrativo no ha actuado en ejercicio de una potestad administrativa ni en virtud de ninguna norma jurídica», exigiendo además, de modo acumulativo, que se atente «a la propiedad o a los derechos fundamentales»; y LÓPEZ MENUDO, por fin, parece excluir los supuestos de nulidad que no tengan su origen en las letras b) y d) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992.

Nada hay de insólito, por descontado, en la indeterminación del concepto de vía de hecho, característica común a la mayoría de las nociones jurídicas; y tal circunstancia no sería especialmente grave si de la asunción de una u otra tesis no se derivaran, como se derivan, consecuencias procesales tan básicas como saber si contra una determinada actuación ha de seguirse o no una vía administrativa previa, cuál sea el plazo hábil para su impugnación jurisdiccional o, genéricamente, si la vía procesal elegida es o no la procedente, con el riesgo de enfrentarse a una sentencia desestimatoria.

2. El segundo problema interpretativo producido por el empleo que la Ley hace del concepto de vía de hecho tiene su origen en el elemental error de tomar la parte por el todo, como se aprecia con toda nitidez en la redacción del artículo 25 de la LJCA.

En efecto. La cláusula general de impugnabilidad de cualquier actuación administrativa —arts. 24.1 y 106.1 de la Constitución— exige, con toda evidencia, que el proceso contencioso pueda ser utilizado tanto a) frente a la actuación administrativa *formalizada*, ya consista ésta en acciones (actos administrativos, reglamentos) o en omisiones (silencio o actos presuntos), como b) frente a la actuación administrativa *material o no formalizada*, ya se manifieste la misma en omisiones (inactividad) o en acciones positivas contrarias a derecho. Pero la dicción del artículo 25.2 es fragmentaria en este segundo aspecto, al declarar procedente el recurso «contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales *que constituyan vía de hecho*»; y si la vía de hecho se refiere solamente —opinión pacífica— a las actuaciones materiales afectadas de una irregularidad particularmente grave, parece ineludible concluir que las actuaciones materiales incursas en lo que podríamos calificar, para entendernos, de *ilegalidad simple* no se encuentran mencionadas dentro de la actividad administrativa impugnabile (11).

Claro está que la primera consecuencia que podría extraerse de esta interpretación debe ser desechada, por una simple *reductio ad*

(11) La única opinión contraria a la expuesta en el texto es la de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ. *Curso...*, cit., II, pág. 618, según los cuales, tras aludir a la fórmula que emplea el artículo 30 de la LJCA, creen «que no ha de tratarse aquí de la vía de hecho cualificada a que nos hemos referido en el Capítulo XIV, § V, sino de cualquier actividad material de la Administración que afectando de hecho a cualquier interesado, según la fórmula del artículo 30, no esté cubierta por un acto administrativo previo. Esto es, una actividad material de la Administración, de cualquier orden, que no haya respetado la regla del artículo 93» de la Ley 30/1992, esto es, la exigencia de un acto formal de cobertura de la misma. La relevancia de esta opinión es indiscutible: no sólo por el prestigio e influencia de estos autores, sino porque, además, su propuesta interpretativa corresponde con lo que la LJCA debiera haber dicho, según nuestra opinión; el problema es que no lo dice.

absurdum: es evidente —no puede ser constitucionalmente de otra manera— que los órganos de la Jurisdicción han de ser competentes para fiscalizar y anular, en su caso, las actuaciones administrativas materiales *simplemente* ilegales, no sólo las constitutivas de vía de hecho. Pero las palabras tienen su coste: aun admitiendo que dichas actuaciones se encuentren implícitamente comprendidas en el conjunto del artículo 25, ¿cómo se impugnan? Si la expresión vía de hecho posee el significado que comúnmente se le atribuye, el recurso no podrá interponerse ni tramitarse, en rigor, al amparo de la vía procesal diseñada por los artículos 30, 32.2, 45.5, 46.3, 51.3 y 136 de la LJCA; el régimen propio del recurso contencioso ordinario (contra actos administrativos formales) resulta, por su parte, manifiestamente inadecuado para hacer frente a este tipo de actuaciones materiales (sobre todo en lo que se refiere a la vía administrativa previa: ¿ante quién y contra qué interponer un recurso administrativo, cuando se ignora si el acto existe formalmente como tal y quién lo ha dictado, en su caso?). Y puestos a rizar el rizo de lo absurdo, tampoco cabría apelar a la solución pragmática utilizada bajo la vigencia de la Ley de 1956, a la que ya nos referimos líneas arriba (solicitud a la Administración → silencio desestimatorio → recurso contencioso), dado que, al no estar incluido el supuesto de hecho, normalmente, entre los que, según la ley, dan lugar a la producción de silencio negativo, la solicitud no contestada supondría (art. 43.2 de la Ley 30/1992) una *estimación tácita* que sumaría a su perfecta inutilidad práctica para el ciudadano lesionado en sus derechos o intereses su condición de acto irrecurrible, por su carácter favorable. Si el silencio, por el contrario, tuviese efecto desestimatorio, esta vía sería factible: pero, aparte de su escasa operatividad, sería inevitable concluir que, respecto de este tipo de actuaciones, bien poco o nada se ha avanzado desde los tiempos preconstitucionales.

C) *La influencia del modelo interdictal*

La segunda herencia que ha condicionado la regulación de la LJCA en el tema que examinamos ha sido, lógicamente, el modelo del proceso interdictal civil, algunos de cuyos rasgos más sobresalientes han intentado ser trasplantados al recurso contencioso.

El peso del modelo interdictal es un fenómeno de fácil comprensión si se sitúa en el marco histórico en el que se desarrolla en nuestra doctrina la teoría de la vía de hecho y, en general, del control jurisdiccional de la Administración. La literatura jurídica de los años cincuenta, sesenta y setenta es reveladora de una situación en la que

la Administración no sólo se presentaba y actuaba habitualmente con el inexpugnable blindaje de todos sus privilegios y potestades, sino que recibía un —no confesado, pero inequívoco— trato de favor por parte de la jurisdicción contenciosa, particularmente sensible a la protección de la actividad administrativa supuestamente «asediada» por las demandas de los particulares; un trato de favor que se manifestaba, entre otros aspectos, en un rigor extremo en la aplicación de las múltiples causas de inadmisibilidad, en el reconocimiento de amplios ámbitos de decisión administrativa discrecional no fiscalizable y en la práctica inexistencia de tutela cautelar (hasta fines de los años setenta, los autos que accedían a las peticiones de suspensión eran poco menos que insólitos, si hemos de creer a la doctrina de la época).

En este estado de cosas, era inevitable que la doctrina contemplase con admiración un tipo de procesos sumarios que ofrecían una atractiva apariencia de expeditividad y efectos cuasi inmediatos, que se tramitaban por los miembros de un orden jurisdiccional en principio más sensibles a la protección de los derechos privados y ante los que la Administración había de comparecer como un litigante de a pie, despojado de todos sus privilegios posicionales; todo ello rodeó al proceso interdictal de un aura mítica, cuyo fortalecimiento y extensión fueron propugnados por la doctrina de modo generalizado e insistente.

La solidez de este proceso de glorificación resistió incluso el embate que, en su momento, supuso la aparición de la demoledora monografía de F. LÓPEZ MENUDO (12), que, con documentación abundante y de primera mano, puso de manifiesto la operatividad controladora más que escasa de los procesos interdictales (13). El libro rebajó un tanto el nivel de entusiasmo pero, desde luego, no fue suficiente para quebrantar la *ilusión interdictal*; y ello, quizá, porque en el mismo se formulaba explícitamente la propuesta de su traslación al ámbito del proceso contencioso, con razones harto concluyentes (14).

(12) F. LÓPEZ MENUDO, *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Madrid, Cívitas, 1988; obra de referencia inexcusable en la materia, pese a los cambios legislativos acaecidos desde su publicación.

(13) Su conclusión, avanzada en la pág. 27 del libro, no puede ser más tajante: «... la garantía interdictal resulta en verdad inocua para la Administración en términos generales, constituyendo más bien una pseudogarantía o una mera categoría jurídico-formal más valiosa para la arquitectura del sistema que para la tutela efectiva de los administrados».

(14) Entre otras, la plena judicialización de nuestra jurisdicción contenciosa, que había dejado sin justificación la asunción del modelo francés del control de las vías de hecho (así, págs. 48 a 51); la circunstancia de que el objeto principal de debate en los procesos interdictales son, invariablemente, cuestiones de carácter administrativo, no jurídico-privado (esto es, si la Administración ha actuado fuera de su competencia y sin observar el procedimiento legalmente establecido), ajenas a la competencia natural de los jueces civi-

Es una lástima que el hoy profesor de Sevilla no formulara en su obra *indicaciones concretas acerca de la forma en que dicho trasplante debería ser efectuado* (no era ésta, ciertamente, la finalidad de su estudio). Sí lo han hecho con posterioridad algunos otros autores, bien que desde perspectivas teóricas completamente ajenas al modelo interdictal (15). Y el resultado ha sido, inevitablemente, una construcción legal híbrida y llena de problemas.

1. De una parte, la LJCA ha asumido, como punto de partida doctrinal, un acercamiento al sistema contencioso alemán, incluyendo las vías de hecho entre la actividad administrativa impugnabile (art. 25.2) y, sobre todo, haciéndolas objeto de un régimen específico de pretensiones procesales (art. 32.2): en primer lugar, la ordinaria, de carácter anulatorio (art. 31.1), se sustituye por la *pretensión declarativa* de la actuación pública como «contraria a Derecho» (en cuanto presupuesto necesario para la viabilidad de las restantes pretensiones); en segundo lugar, se reconoce explícitamente una *pretensión negatoria* («que se ordene el cese de dicha actuación») (16); y el esquema se completa, por remisión al artículo 31.2, con la posibilidad de ejercitar las *pretensiones ordinarias de restitución* o de restablecimiento pleno de la situación jurídica dañada, incluida la indemnización de daños y perjuicios.

2. Pero la propuesta de «recuperación» para la jurisdicción contenciosa del proceso interdictal ha pesado también muy seriamente: el deseo implícito de implantar un instrumento funcionalmente equivalente al interdicto ha llevado no sólo a la previsión de un sistema cautelar aparentemente muy enérgico (art. 136) (17), sino también a crear una «imagen» de celeridad muy acusada, mediante el establecimiento de un régimen de plazos de interposición sumamente breves (sobre cuya falta de justificación volveremos más adelante). Consciente o inconscientemente, se ha querido dar a esta nueva vía

les (págs. 45-46 y *passim*); la limitación del proceso interdictal a la protección de los derechos patrimoniales de carácter real (págs. 228 y ss.); la existencia en los jueces civiles de un grado de sensibilidad hacia la protección del interés público equiparable al detectable en la jurisdicción contenciosa (pág. 48) y, sobre todo, el escaso nivel de preparación técnica de éstos en materias administrativas, de lo que cita ejemplos significativos (así, entre otras muchas, págs. 47-48 y 132-133).

(15) Así, en el libro de S. GONZÁLEZ VARAS, *La vía de hecho administrativa*, Madrid, Tecnos, 1994.

(16) A estos dos tipos de pretensiones se refiere explícitamente la Exposición de Motivos de la Ley, al decir que «la acción tiene una naturaleza declarativa y de condena». En este punto, la influencia de la obra de S. GONZÁLEZ VARAS parece indiscutible: vid., entre otras, las págs. 126 a 131 de la obra citada en la nota anterior.

(17) Que, en todo caso, sería también un complemento necesario para el «modelo alemán» puro, como advierte en todo momento S. GONZÁLEZ VARAS, *op. cit.*, págs. 131-132.

un «aire interdicial» (18), olvidando que esta nueva modalidad impugnatoria no es, como el interdicto, un proceso cautelar y provisorio (tras el que normalmente advendrá un juicio declarativo), sino, con toda evidencia, un proceso plenario y de fondo, vocado a resolver definitivamente (no sólo de modo transitorio) el problema de la legalidad de la actuación recurrida.

3. Sin embargo, la inserción de esta vía impugnatoria en el marco general del proceso contencioso ha obligado al legislador a plantearse el problema de la vía administrativa previa a la misma, haciéndole entrar en una profunda contradicción: de una parte, la vía previa se toma como un rasgo cuasi natural del proceso contencioso (aunque, en el fondo, ya no es otra cosa que un privilegio descarnado, del que la Administración no está dispuesta a prescindir por ningún concepto); pero, de otra, el influjo del modelo interdicial opera en sentido opuesto, al ser mayoritaria la tendencia de la jurisdicción civil hacia la inexigibilidad de la reclamación previa como requisito para la presentación de la demanda de interdicto (19). La solución que se ha dado al dilema —como más adelante veremos con mayor detenimiento— merece, con toda justicia, el calificativo de engañosa: aunque en apariencia se prescinde de la vía previa, al configurarla como un mero requerimiento (no petición, reclamación, ni recurso) de carácter estrictamente potestativo, el juego de plazos que para uno y otro caso se prevé la convierten en un trámite de seguimiento prácticamente obligado.

* * *

A la vista de este extenso conjunto de problemas de planteamiento, era más que previsible que la regulación que la LJCA inaugura contuviera importantes dificultades interpretativas. Si a ellas se suman las producidas por una técnica legislativa descuidada, el temario de cuestiones a tratar resulta más que nutrido.

(18) Que la Exposición de Motivos de la Ley recuerda incluso, al señalar que la acción, además de su carácter declarativo y de condena, posee también un carácter «a la vez, en cierto modo, interdicial, a cuyo efecto no puede dejar de relacionarse con la regulación de las medidas cautelares»; la calificación, de intencionalidad metafórica, es notoriamente incorrecta en sentido técnico.

(19) Sobre este punto, F. LÓPEZ MENUDO, *Vía de hecho administrativa...*, cit., págs. 42-43, y su trabajo posterior «Reclamación previa a interdictos contra la Administración. Fin de un requisito controvertido», en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ*, Madrid, Cívitas, 1993, vol. I, págs. 711 y ss.; el título del trabajo refleja más un deseo y una tendencia que una realidad, por más que los argumentos que utiliza sean incuestionables.

II. LAS ESPECIALIDADES PROCESALES

A) *El requerimiento previo*

El requerimiento previo a la formalización del recurso contencioso que prevé el artículo 30 de la LJCA no puede dejar de recordar a la efímera, por absurda, comunicación previa que establecieron el artículo 110.3 y la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1992, en su redacción original. Aunque el trámite venía ya seriamente relativizado de origen, al configurarse como un requisito en absoluto asimilable a los recursos administrativos (20), su contenido se rebajó aún más en el debate parlamentario, al reducir a diez días el plazo de «silencio» (inicialmente fijado en veinte) y, sobre todo, al conferirle un carácter puramente potestativo. En la práctica, su formulación únicamente supone que el plazo para interponer el recurso contencioso sea distinto del que se prevé para el caso de que no sea formulado, como veremos en el epígrafe siguiente.

1. *Flexibilidad del trámite: naturaleza, contenido, destinatario y contestación.*

Pero, con esta salvedad, la relativización que inspira el régimen de este trámite le dota de una flexibilidad que raya con la pura irrelevancia.

a) En cuanto a su naturaleza, el requerimiento no posee carácter estricto de vía administrativa previa, por cuanto el contenido de las peticiones que se formulan en él no condiciona en modo alguno el número y tipo de las pretensiones que luego puedan ejercitarse en el proceso (que carece, por ello, de carácter revisor, como advierte explícitamente la Exposición de Motivos).

(20) La Exposición de Motivos, una vez más, es particularmente explícita, al señalar que «en el caso del recurso contra la inactividad de la Administración, la Ley establece una reclamación previa en sede administrativa; en el del recurso contra la vía de hecho, un requerimiento previo de carácter potestativo, asimismo en sede administrativa. Pero eso no convierte a estos recursos en procesos contra la desestimación, en su caso por silencio, de tales reclamaciones o requerimientos. Ni, como se ha dicho, estas nuevas acciones se atienen al tradicional carácter revisor del recurso contencioso-administrativo, ni puede considerarse que la falta de estimación, total o parcial, de la reclamación o el requerimiento constituyan auténticos actos administrativos, expresos o presuntos. Lo que se persigue es sencillamente dar a la Administración la oportunidad de resolver el conflicto y de evitar la intervención judicial. En caso contrario, lo que se impugna sin más trámites es, directamente, la inactividad o actuación material correspondiente, cuyas circunstancias delimitan el objeto material del proceso».

b) Su contenido, por ello, goza de igual flexibilidad. Fuera de la obligada observancia de los requisitos formales mínimos que el artículo 70 de la Ley 30/1992 impone para todo tipo de solicitudes dirigidas a las Administraciones Públicas, la LJCA se limita a indicar que tendrá por objeto «intimar la cesación» de la vía de hecho. Esta fórmula ha de ser interpretada en su más amplia acepción, comprensiva, pues, no sólo de la paralización de la actividad administrativa material, mientras la misma se está desarrollando físicamente, sino de la eliminación de sus efectos, con reposición de las cosas a su estado original. Téngase en cuenta que *la noción de vía de hecho no es aplicable sólo a la circunstancia de la actuación física de la Administración, sino también a los efectos, más o menos permanentes o duraderos, que dicha actuación produce*: ello ha de ser así, forzosamente, por cuanto pueden existir, con toda normalidad, actuaciones constitutivas de vía de hecho cuya consumación física se realiza en un plazo sumamente breve, de días o de horas (21), o que incluso se plasma en un acto de ejecución instantánea (22), de forma que su realización o materialización puede ser ignorada por el ciudadano afectado hasta después de haber finalizado; si la noción de vía de hecho se interpretara de modo restrictivo (esto es, aludiendo sólo al proceso de realización de las actuaciones materiales, no a sus efectos perdurables), no cabría formular el requerimiento de cesación, puesto que la vía de hecho, así considerada, ya se habría detenido; lo que daría lugar, de modo absurdo, a una vía de hecho contra la que no podría utilizarse el recurso *ad hoc* establecido en la LJCA.

c) Por razones muy similares, resulta igualmente indiferente que el ciudadano «acierta» en la dirección del requerimiento: esto es, que lo dirija al órgano o entidad administrativa al que es imputable la actuación, o a otro distinto, salvo que la autoría de ésta conste de modo indubitado. No puede eludirse el hecho de que en la mayor parte de los supuestos de vía de hecho resultará muy difícil conocer *a priori* la imputación última de la actuación administrativa: no sólo por no existir acto administrativo formal que así lo indique, sino, también, porque la Administración que actúa de modo flagrantemente irregular procura evitar —es lógico— toda señal de identificación de su autoría, actuando a través de entidades interpuestas (con-

(21) Por ejemplo, la ocupación física de la parte de un fundo limítrofe con una carretera para ampliar ésta, o para instalar una conducción de gas.

(22) Por más que el ejemplo pueda ser inusual, piénsese en el caso del funcionario que una mañana se le impide el acceso a su puesto de trabajo, sin más indicación de haber sido suspendido de empleo y sueldo en virtud de un expediente disciplinario inexistente: la actuación constitutiva de vía de hecho se consuma en ese preciso momento, perdurando sólo sus efectos ilegales.

tratistas o subcontratistas) cuyo personal a pie de obra puede incluso desconocer por completo por cuenta de quién trabaja (23). Lo único que cabe exigir al ciudadano es que dirija el requerimiento a alguna de las entidades públicas a las que razonablemente, en ausencia de cualquier dato informativo (p. ej., carteles *in situ* anunciadores de obras públicas), pudiera atribuirse la actuación, con lo que el requisito ha de tenerse por válidamente cumplido (24).

d) Por fin, la insustancialidad del trámite se confirma por la paralela irrelevancia del hecho de que la Administración conteste o no al requerimiento, o lo haga en un sentido u otro. Lo único que contaría a estos efectos, y que impediría la formulación del recurso contencioso (por desaparición de su objeto), es que la Administración requerida diera satisfacción plena, en el terreno de los hechos, a lo solicitado en el requerimiento, cesando en la actuación ilegal y reponiendo las cosas a su estado original (25). El que se produzca una respuesta por escrito, aceptando o rechazando en todo o en parte el requerimiento, no supone alteración alguna del régimen procesal: el recurso podrá interponerse contra la vía de hecho causada, sin necesidad de incluir como objeto del mismo la anulación del acto formalmente dictado (26).

(23) Así lo advierte con todo acierto J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, cit., pág. 742, al señalar las dificultades extremas que entraña identificar al órgano o entidad administrativa a los que es imputable la vía de hecho, «porque, normalmente, la actuación material constitutiva de vía de hecho es realizada por unos sujetos —por lo general obreros—, cualquiera que sea su relación con la Administración Pública a que sea imputable, que o se resisten o no saben o no quieren dar razón alguna de por cuenta de quién actúan, aunque se trate del capataz o de algún titulado medio o superior, y aunque sean requeridos notarialmente».

(24) Lo cual, en caso de error en el destinatario del requerimiento, no tiene por qué suponer indefensión de la Administración actuante: aparte de la ilegitimidad que supondría —por no hablar, lisa y llanamente, de cinismo— invocar indefensión por parte de quien actúa de manera ostensiblemente irregular, es claro que, como señala J. GONZÁLEZ PÉREZ, *op. y loc. cit. ult.*, si el órgano a quien se dirige el requerimiento no es el competente, tiene obligación de remitirlo al que, tras las indagaciones oportunas, resulte ser el autor de la actuación, como prescribe con carácter general el artículo 20 de la Ley 30/1992.

Por supuesto, el que el requerimiento se dirija, sin negligencia inexcusable, a un órgano o entidad distinta de la autora de la actuación no altera el régimen del cómputo del plazo de diez días transcurrido el cual puede interponerse el recurso contencioso. No sería aplicable a este supuesto, a mi entender, la previsión del artículo 42.3, letra b), de la Ley 30/1992 (según el cual los plazos deberán computarse «desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación»). Dicha regla es de aplicación exclusiva a los supuestos de silencio administrativo, que aquí no existe notoriamente, como la Exposición de Motivos aclara de modo terminante («eso no convierte a estos recursos en procesos contra la desestimación, en su caso por silencio, de tales reclamaciones o requerimientos. Ni, como se ha dicho, estas nuevas acciones se atienen al tradicional carácter revisor del recurso contencioso-administrativo, ni puede considerarse que la falta de estimación, total o parcial, de la reclamación o el requerimiento constituyan auténticos actos administrativos, expresos o presuntos»).

(25) Así, F. LÓPEZ MENUDO, *Comentario...*, cit., pág. 320.

(26) Por descontado, la inimaginable variedad de respuestas a que puede dar lugar un requerimiento obligaría a matizar la afirmación hecha en el texto hasta un nivel de de-

2. La cuestión del plazo para formular el requerimiento.

Pero no todo es fácil y sencillo en el régimen del requerimiento, ya que, como se ha señalado de modo general, el artículo 30 guarda un inexplicable silencio acerca del plazo en que dicho requerimiento ha de ser formulado.

Cómo puede ser cubierta esta ostensible laguna es una cuestión difícil, que ha dado lugar a las propuestas doctrinales más dispares:

a) En primer lugar, se ha propuesto la aplicación analógica del plazo de veinte días desde que se inició la vía de hecho, que establece el artículo 46.3 de la LJCA para la interposición directa del recurso contencioso cuando no se formula requerimiento alguno (27). Pero, a nuestro juicio, y sin perjuicio de lo que después se dirá, no existe la «identidad de razón» necesaria para proponer una solución analógica, al ser completamente diversos el sentido y funcionalidad de los plazos de interposición de un recurso contencioso y de un requerimiento (un pseudorecurso, podría decirse) en vía administrativa.

b) También se ha sugerido aplicar el mismo plazo (veinte días), pero estableciendo un diferente *dies a quo* para su cómputo, que podrá ser cualquiera de todos aquellos durante los que se esté practi-

talle imposible de lograr. Aludamos, por tanto, sólo a tres hipótesis. Primera, la Administración contesta al requerimiento, aceptándolo y manifestando incluso su propósito de rectificar la situación creada: ello no impide al requirente formular, no obstante, el recurso contencioso si, al término del plazo de interposición del mismo, dicho propósito no se ha llevado a cabo de manera completa (el recurso no pierde su objeto, que es la rectificación de un estado material de cosas, por la simple expresión de un propósito de realización siempre incierta); tal es también la opinión de M. SÁNCHEZ MORÓN, «El objeto...», cit., pág. 208. Segunda, la Administración acepta el requerimiento, posponiendo a un momento futuro determinado la cesación de la vía de hecho o de sus efectos; en este caso, F. LÓPEZ MENUDO, *Comentario...*, cit., pág. 321, entiende que el requirente puede optar por esperar a dicho momento, de tal modo que si, llegado el mismo, la Administración no cumpliera lo prometido, se reabrirla el plazo del recurso contencioso a partir de dicho momento; pero, aun reconociendo lo razonable de dicha solución, es difícil sostener que el cómputo de un plazo procesal pueda alterarse por una simple promesa de la Administración; parece más correcto que el requirente interponga el recurso contencioso dentro del plazo que señala el artículo 46.3, sin perjuicio de desistir del recurso si, posteriormente, la Administración lleva efectivamente a cabo lo prometido. Y tercera, la Administración rechaza el requerimiento notificando el acto administrativo que, efectivamente, da cobertura legal a la supuesta vía de hecho: en tal caso, el requirente dispondría del plazo ordinario de dos meses para recurrir dicho acto de cobertura (recurso que ya se tramitaría por el procedimiento ordinario, por supuesto); cuestión distinta sería si el acto administrativo de cobertura que en ese momento se hace patente adoleciera de irregularidades que permitirían calificarlo como vía de hecho en sí mismo; en tal caso, el recurrente podría optar por interponer este específico tipo de recurso, como es obvio.

(27) En esta línea, F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, en la obra colectiva, dirigida por el mismo, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Pamplona, Aranzadi, 1998, pág. 348. El autor no aporta razonamiento alguno en apoyo de esta solución.

cando la actuación constitutiva de vía de hecho (28). La solución es ingeniosa, pero —además de apelar a una analogía discutible, como acaba de señalarse— no resuelve el problema que se genera en los casos de actuaciones materiales de ejecución instantánea o de muy corta duración, que iniciarían de modo inmediato y automático el cómputo de un muy breve término, que podría transcurrir antes de que el ciudadano afectado pudiera tener noticia siquiera de la actuación administrativa realizada.

c) Por fin, cabría mencionar un tercer grupo de opiniones según las cuales no existiría plazo alguno para la formulación del requerimiento, la cual podría efectuarse en tanto se mantenga la situación de vía de hecho (29). Entre ellas merece destacarse, por la justificación que ofrece, la exposición de J. GONZÁLEZ PÉREZ, que se basa en el paralelo de la inexistencia de plazo para solicitar la revisión de actos nulos de pleno derecho conforme al artículo 102.1 de la Ley 30/1992 (analogía en este caso consistente y coherente con su parecer de incluir en la vía de hecho todas las actuaciones materiales basadas en actos nulos); un plazo abierto, pues, y sólo limitado por las mismas circunstancias «que operan respecto de la acción de nulidad, que establece el artículo 106 LRJPA, entre los que figura la equidad y la buena fe, siendo una de las manifestaciones del principio de la buena fe el retraso desleal» (30).

(28) F. LÓPEZ MENUDO, *Comentario...*, cit., pág. 320. El razonamiento de este autor merece ser transcrito: «el *dies a quo* no sería necesariamente el del *inicio* de la actuación material, sino que podría prolongarse, en el caso de actuaciones de tracto sucesivo, hasta el día en que éstas hubieren terminado, ya que el requerimiento tiene precisamente por objeto "intimar su cesación", razón por la que entendemos que se mantendrá viva la posibilidad de ejercitar dicho requerimiento mientras se esté fraguando el conjunto de hechos perturbadores que permitan definir una situación como producida en vía de hecho».

(29) Parece proponer esta solución M. SÁNCHEZ MORÓN, «El objeto...», cit., págs. 208 y 209: «el hecho de que no exista plazo alguno para formular el requerimiento pone en manos del perjudicado la determinación del momento en que desee interponer el recurso, siempre que se mantenga la situación de vía de hecho. Puede parecer un cierto contrasentido (y de hecho hay una contradicción evidente con la brevedad del plazo cuando no hay requerimiento), pero es lógico que mientras la actuación combatida dure el afectado puede pretender su cese»; no está totalmente claro, sin embargo, si el autor se refiere sólo al plazo durante el que se realiza la actuación administrativa —en cuyo caso estaríamos en la misma posición que la defendida por F. LÓPEZ MENUDO, cit. en nota anterior— o también al período subsiguiente en el que perduran los efectos de la actuación ilegal. En idéntico sentido, D. CÓRDOBA CASTROVERDE, «Procedimiento en primera o única instancia», también en J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN (eds.), *Comentarios...*, cit., pág. 251.

La misma —aparente— ambigüedad se aprecia en N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, en V. GIMENO SENDRA *et al.*, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Madrid, CEURA, 1999, pág. 408: «No establece la norma ningún plazo preclusivo para la realización del requerimiento a la Administración. Mientras la vía de hecho se mantenga el interesado puede reclamar su cesación. Incluso aunque haya transcurrido veinte días desde el inicio de la actuación administrativa en vía de hecho, pues dicho plazo de veinte días se establece en el artículo 46.2 [*sic*; debe leerse 46.3] para la presentación de recurso contencioso-administrativo frente a vías de hecho sin requerimiento previo (y este precepto no impide que pasados veinte días se efectúe el requerimiento).»

(30) J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, cit., pág. 744. Tras esta propuesta —sustan-

d) En nuestra opinión, las opiniones mencionadas en último lugar son las únicas defendibles, aunque deban ser objeto de diversos matices.

En primer lugar, que el plazo debe considerarse abierto tanto durante la ejecución física de las actuaciones materiales constitutivas de la vía de hecho como durante todo el tiempo posterior a su terminación, en tanto sus efectos perduren (31). Así se deduce del artículo 32.2 de la LJCA: si en esta modalidad procesal cabe ejercitar una pretensión no sólo de cesación de la actividad dañosa, sino también de restablecimiento de la situación jurídica dañada (art. 31.2, al que el 32.2 se remite), es claro que el recurso contencioso (y, por tanto, el requerimiento previo) puede formularse cuando las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho hayan finalizado, perdurando sólo sus consecuencias físicas o jurídicas (32). Pero hay dos razones adicionales: primera, que si se limitara únicamente al primero de estos períodos, se otorgaría injustificadamente un peor trato a los perjudicados por una actuación ilegal de ejecución fugaz o instantánea que a los que sufrieran una actuación de duración prolongada en el tiempo; y segunda, que tal limitación supondría conferir a este espe-

cialmente correcta en su resultado, como veremos—, el autor ofrece, como alternativa, la aplicación del plazo de un año, «que rige para incoar el procedimiento administrativo para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, que es el mismo que rige en el Derecho procesal civil al regular los interdictos»; de la misma opinión son E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., II, pág. 623, que invocan expresamente la analogía con el plazo para ejercitar las acciones interdictales. Esta alternativa carece, sin embargo, de la necesaria consistencia, pues con la misma falta de identidad de razón analógica podría optarse por la solución que hemos expuesto en primer lugar (además de los problemas que supone en cuanto a la forma de cómputo, que es distinta en las acciones indemnizatorias y en las interdictales).

No puede tenerse en cuenta, tampoco, la interpretación que GONZÁLEZ PÉREZ ofrece acto seguido a las anteriores en su texto, que es abiertamente contradictoria con ellas («La nueva Ley ha reducido drásticamente el plazo para formular el requerimiento. Al establecer que el plazo para incoar el proceso es de veinte días desde el día en que se inició la actuación administrativa constitutiva de vía de hecho —art. 46.3—, obviamente el requerimiento debe hacerse dentro de este plazo, ya que, en otro caso, se produciría la caducidad. Lo que no tiene sentido»).

(31) Con la única excepción de los casos en que la pretensión a ejercer en este proceso sea la puramente indemnizatoria, por haber finalizado ya la actuación material y ser sus efectos irreversibles: en tal caso, el plazo debería entenderse lógicamente limitado al de un año que prevé el artículo 142.5 de la Ley 30/1992. Así lo entiende, con razón, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, cit., pág. 743.

(32) Coincidente con esta opinión, F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *op. cit.*, pág. 348: «... al ser admisible el recurso contencioso-administrativo directo, puede acudir a éste aunque la actuación constitutiva de vía de hecho haya cesado, siempre y cuando, lógicamente, se mantengan sus efectos o consecuencias. El artículo 32.2 LJCA contempla, como contenido de la pretensión frente a la vía de hecho, "que se ordene el cese de dicha actuación"; pero no es el único contenido posible ni la cesación previa ha de impedir una acción contencioso-administrativa y una sentencia orientada a declarar la actividad contraria a Derecho, que se mantenga su cese y que se adopten, en su caso, las demás medidas para el restablecimiento de la situación jurídica lesionada».

cífico proceso contencioso una virtualidad inferior al interdictal, que, recordemos, no sólo permite impedir la consumación del despojo (retener la posesión), sino también restituir las cosas a su situación original (recuperarla).

En segundo lugar, la inexistencia de plazo deriva del propio silencio de la LJCA, que hay que presumir deliberado: y ello no sólo por aplicación tónica del dogma del legislador racional (la laguna es tan ostensible que no puede pensarse sensatamente en una inadvertencia), sino porque la implantación por vía interpretativa de un plazo que la ley no prevé supondría un recorte injustificado del derecho a la tutela judicial efectiva, una *interpretatio contra cives* que debe rechazarse en sus propios términos.

En tercer lugar, la apertura indeterminada del plazo no se basa sólo en la utilización analógica de la regla establecida en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, sino, sobre todo, en el principio que expresa el artículo 58.3 de la misma Ley, reforzado, en este caso, con el argumento *a minore ad maius*. Si la emisión de un acto administrativo formal (e incluso legal) no es susceptible de iniciar el cómputo de plazo alguno cuando su notificación es defectuosa (por no contener la indicación completa de los recursos procedentes), con mayor razón no puede empezar a correr plazo de ningún tipo cuando no existe ni ya notificación, sino ni siquiera acto que ser notificado.

Por último, la indeterminación o inexistencia de plazo no supone inseguridad jurídica de ningún tipo: de una parte, porque la Administración puede forzar el inicio del cómputo de un plazo para recurrir notificando expresamente el acto de cobertura de la actuación ilegal (si lo hay); y, de otra, porque, en los supuestos que GONZÁLEZ PÉREZ califica de «retraso desleal», la Administración dispone de posibilidades probatorias, ya en el marco del proceso, para acreditar —si es que efectivamente tal cosa ocurrió— que el perjudicado tuvo cabal conocimiento de la actuación ilegal y dejó transcurrir el tiempo de forma negligente e injustificada.

B) *El plazo de interposición del recurso*

1. *La incomprensible brevedad del plazo cuando se ha formulado requerimiento previo.*

El artículo 46.3, que la LJCA dedica al tema que ahora nos ocupa, posee como única virtud la claridad, tan ausente de otras prescripciones: si el interesado hubiera formulado requerimiento previo, el plazo de interposición del recurso contencioso será «de diez días a

contar desde el día siguiente a la terminación del plazo establecido en el artículo 30»; dado que este último es también de diez días, a contar desde el siguiente a la presentación del requerimiento, es fácil concluir que el recurso podrá formalizarse desde el decimosegundo al vigesimosegundo día (hábiles, en todo caso) siguiente a aquel en que tuvo lugar dicha presentación.

La claridad, sin embargo, no exime de la valoración negativa que merece la injustificable brevedad de este plazo, el menor de cuantos establece el artículo 46. La «ilusión interdictal» a que antes aludíamos ha jugado una mala pasada al legislador, que, impulsado sin duda por un afán de control urgente de la actuación ilegal (33), ha introducido una restricción que no sólo limita los derechos impugnatorios del afectado por una vía de hecho, sino que, sobre todo, premia incongruentemente con un plazo de caducidad fugacísimo a la Administración que actuó con manifiesto desprecio de las reglas de competencia y de procedimiento, en clara contradicción con el principio general del Derecho que prohíbe obtener beneficios de la propia torpeza (34).

Pese a su falta objetiva de fundamento (que también pudiera atribuirse a un criterio de política legislativa en orden a restringir el acceso a esta específica modalidad procesal), la nitidez del precepto no admite interpretaciones correctoras, al menos en cuanto al *dies ad quem*. Respecto del *dies a quo*, en cambio, se ofrecen tres posibilidades complementarias.

a) De un lado, el supuesto —nada probable, pero posible— de que, antes de transcurrir el plazo de diez días a partir del requerimiento, la Administración requerida lo rechace, manifestando inequívocamente su voluntad de no cesar en la actuación ilegal. En tal caso, parece evidente que el recurso podría interponerse desde el siguiente día a la notificación de dicho rechazo: la aparentemente obligada espera de diez días desde el requerimiento debe reservarse para los casos en que la Administración no dé contestación alguna a éste ni realice ninguna actividad física en el sentido de lo solicitado. Pero, a nuestro juicio, ello no supondría, sin embargo, un mero «adelantamiento» del plazo de interposición (a los diez días siguientes a la notificación del rechazo); por el contrario, éste continuaría

(33) Tal es la muy autorizada opinión de quien formó parte de la Comisión redactora del anteproyecto de ley: «La reducción en estos supuestos del plazo ordinario para la interposición del recurso contencioso-administrativo se explica precisamente por el carácter urgente que tiene la acción» (M. SÁNCHEZ MORÓN, «El objeto...», cit., pág. 208).

(34) Con una crítica en idénticos términos, D. CÓRDOBA CASTROVERDE, *op. cit.*, pág. 250.

abierto, como antes indicamos, hasta el vigesimosegundo día hábil siguiente a la fecha de la formulación del requerimiento; y ello porque la LJCA confiere un plazo de diez días cuando la intimación «no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento»; y en actuaciones de esta naturaleza siempre cabe la posibilidad que, con posterioridad a un rechazo formal del requerimiento, la Administración rectifique; el que la intimación se rechace en un momento determinado no implica necesariamente que no pueda ser atendida días después (un rasgo muy característico de las conductas altaneras: primero se dice que no, y luego se rectifica invocando razones técnicas).

b) Asimismo, es muy digna de consideración la tesis según la cual sería posible la interposición del recurso durante los diez días siguientes al requerimiento, siempre y cuando la situación continuara invariable al expirar dicho plazo (35): la doctrina jurisprudencial a propósito de admisibilidad de la interposición anticipada del recurso contra actos presuntos (esto es, antes de transcurrir el plazo máximo para dictar resolución) cuando, al finalizar éste, el acto tampoco hubiera llegado a dictarse, parece aquí de obligada aplicación.

c) Y, por último, como veremos en el epígrafe C) siguiente, el plazo de interposición del recurso puede sufrir una alteración (en sentido estricto, un desplazamiento hacia delante en el tiempo) en aplicación de las previsiones del artículo 136.2 de la LJCA; previsiones que también permiten, por cierto, la solicitud (e, hipotéticamente, la adopción incluso) de medidas cautelares durante el plazo de los diez días siguientes a la formulación del requerimiento previo. Todo lo cual no hace sino abonar la tesis de la manifiesta prescindibilidad del requerimiento, cuya supresión completa (repetiendo lo que sucedió con la extinta comunicación previa) sería posiblemente un acierto.

(35) Esta posibilidad es recordada por F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *op. cit.*, pág. 349: «En principio, el recurso contencioso-administrativo anterior al transcurso del plazo de diez días pudiera considerarse inadmisibile. Sin embargo, si, como hemos visto en relación con el silencio administrativo, la jurisprudencia ha aceptado el recurso contencioso-administrativo contra un acto presunto cuando todavía no se había cumplido el plazo de silencio administrativo para alcanzar el acto presunto, al quedar subsanado el defecto por el transcurso del tiempo, con mayor razón debe admitirse la subsanación en este caso, en el que es admisible el recurso contencioso-administrativo directo.» El hecho de provenir esta opinión de un ilustre miembro del Cuerpo de Abogados del Estado presta a esta opinión una especial solidez.

2. *El plazo en ausencia de requerimiento.*

El plazo que el artículo 46.3 establece para los casos en que el interesado no hubiera formulado requerimiento («veinte días desde el día en que se inició la actuación administrativa en vía de hecho») merece una valoración más negativa aún que la del supuesto precedente: viene fijado con una claridad engañosa, y es de una brevedad y una forma de cómputo rigurosamente injustificables. Los problemas no radican, por tanto, sólo en la brevedad (36) (veinte días siguen siendo una prima para las Administraciones que se echan al monte de la ilegalidad abierta), sino, ante todo, en la fijación del *dies a quo*. Dos son los fundamentales.

a) En primer lugar, la insuperable ambigüedad del concepto de «iniciación» de la vía de hecho, cuya determinación con certeza es, en la mayor parte de los casos, imposible (37) no ya para el recurrente, sino para la propia Administración actuante. ¿Qué día «se inicia» una vía de hecho consistente en la ocupación sin título alguno de una franja de terreno particular para ensanchar una carretera? ¿El día que se coloca el cartel y las señales indicadoras de tráfico? ¿El día que se lleva la maquinaria? ¿El día que se hacen los acopios de material? ¿El día que comienzan a ir los obreros? ¿El día que se derriba la valla del fundo colindante y se entra en él? ¿El día que comienza el movimiento de tierras y la explanación del fundo ocupado? Cualquiera de estas fechas podría defenderse como de «iniciación» con óptimos argumentos. Y si se tiene en cuenta que estas fechas pueden estar separadas entre sí por varios días, ¿cuál se toma como *dies a quo*? La falta de técnica legislativa en un tema tan exigente de precisión como es la determinación de un plazo es tan notoria que no merece más comentarios. No es indagando en este concepto —tarea, por lo demás, imposible— como han de resolverse las dificultades que suscita.

b) Mucho más grave es la decisión legislativa de fijar como *dies a quo* de un plazo de caducidad una circunstancia que no presupone el conocimiento de la actividad administrativa por parte de quien queda afectado por ella, en violento contraste con el resto de los fijados en el artículo 46 de la LJCA (siempre desde la notificación o pu-

(36) Una ajustada crítica a la brevedad del plazo, en F. LÓPEZ MENDUO, *Comentario...*, cit., pág. 319; en términos similares, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., II, pág. 623, y F. GARRIDO FALLA, *Comentario...*, cit., pág. 269.

(37) De «summum de la inseguridad» califica a este concepto, con toda justicia, F. LÓPEZ MENDUO, *Comentario...*, cit., pág. 320.

blicación, o desde el transcurso de otro plazo cuyo cálculo no debe ofrecer complicación excesiva). Una interpretación literal del precepto supone, como es simple adivinar, que serán numerosos los casos en que el ciudadano afectado por la actuación administrativa tenga conocimiento de ésta cuando ya haya transcurrido con exceso el plazo a que nos referimos, con la consiguiente pérdida de la acción; lo cual la descalifica de inmediato, por contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (38).

Podría argumentarse, ciertamente, que en este caso (esto es, cuando hubiera transcurrido el citado plazo de veinte días) siempre queda al interesado la posibilidad de formular posteriormente el requerimiento previo (39), lo que, como hemos visto, puede hacerse en cualquier momento. Pero esta posibilidad, de una parte, sólo podrá considerarse como válida a partir del momento en que la doctrina jurisprudencial descalifique decididamente las dos primeras teorías que expusimos páginas atrás acerca del plazo para formular el requerimiento previo; y, de otra, parece innecesario demostrar que los disparates legislativos no pueden intentar salvarse ni justificarse invocando la posibilidad de sortearlos mediante el uso de vías alternativas. Antes bien, el principio de interpretación conforme a la Constitución obliga a apuntar formas de entendimiento del precepto que, aun a costa de su texto, sean compatibles con la norma fundamental (40), como ordena el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Y, obviamente, ante la ausencia de acto formal alguno, no cabe otra interpretación del precepto que la basada en el principio que sienta el artículo 58.3 de la Ley 30/1992, antes apuntada a propósito del plazo para formular el requerimiento previo: el plazo de veinte días sólo puede empezar a computarse a partir de la fecha en que el interesado «realice actuaciones que supongan el conocimiento» de la actividad administrativa en vía de hecho; y si tales *facta concludentia* no se dan, no correrá plazo alguno, siendo válido el recurso que se

(38) Así lo ve, con evidente preocupación, D. CORDOBA CASTROVERDE, *op. cit.*, pág. 251, al decir que «el supuesto es asimilable a la hipótesis de que el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo contra un acto empezase a contar desde que el acto se dicta y no desde que éste llega a conocimiento del afectado, posibilidad que repugnaría a las garantías constitucionales de acceso a la jurisdicción. Es por ello que el último inciso del artículo 46.3 de la LJCA plantea serias dudas de constitucionalidad, en cuanto restringe de forma irrazonable y puede llegar a obstaculizar el acceso a la Jurisdicción».

(39) Lo apuntan expresamente M. SÁNCHEZ MORÓN, «El objeto...», *cit.*, pág. 208, y N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *op. cit.*, pág. 409.

(40) Por ello no puede aceptarse la lamentación final que formula D. CORDOBA CASTROVERDE, *op. y loc. cit.*: «Salvo que se interprete que el plazo no puede empezar a computarse sino desde el momento en que tuvo conocimiento el afectado, interpretación que sería conforme a la Constitución pero que está en abierta contradicción con el tenor literal del precepto.»

interponga en cualquier momento, con los límites antes citados, que no es necesario reproducir ahora.

La conclusión a que lleva el análisis del régimen de plazos establecido en el artículo 46.3 es ciertamente desoladora: no solamente por la impotable técnica legislativa que revela, sino por las consecuencias prácticas que entraña. El tenor literal del inciso final del artículo 46.3 constituye, hoy por hoy y hasta que la jurisprudencia sienta una alternativa de interpretación más razonable, un elemento disuasorio capital para la interposición del recurso sin previo requerimiento: utilizar esta vía, tan generosamente abierta por la Cámara Alta, constituye un seguro de enfrentarse a una alegación de inadmisibilidad por supuesta extemporaneidad; una alegación sobre hechos en la que, por la misma fuerza de las cosas, la versión que proporcione la Administración siempre resultará más creíble y solvente (por referirse a su propia actividad) que la que pueda aportar el recurrente, forzado a una *probatio diabolica* sobre circunstancias fácticas muchas veces negativas y, en todo caso, de más que difícil acreditación.

3. *Más de lo mismo: el plazo de interposición en el procedimiento para la protección de derechos fundamentales.*

Las incongruencias que la LJCA contiene en punto a plazos de interposición se coronan con el análisis de su artículo 115, que establece un régimen paralelo al ya expuesto, pero de contenido inexplicablemente diverso.

a) Para el caso en que se haya formulado requerimiento previo (también aquí de carácter potestativo: menos mal), el plazo de interposición es igualmente de diez días, pero computados desde el «requerimiento para el cese de la vía de hecho» (debe entenderse, lógicamente, que a contar a partir del día siguiente a su presentación). No existe aquí plazo de espera alguno, como en el régimen ordinario de impugnación de vía de hecho; y, dada la extrema brevedad del plazo de interposición, cabe preguntarse sobre la utilidad del requerimiento: es de ciencia ficción suponer que una Administración cualquiera puede recibir el escrito, registrarlo, pasarlo al órgano competente, estudiar el caso, tomar la resolución y notificarla en sólo diez días; mucho antes de que nada de eso haya ocurrido, dicha Administración habrá recibido, con toda seguridad, el emplazamiento para comparecer ante el Juzgado o Tribunal.

b) Pero más extraña aún es la configuración del plazo en caso de no haberse formulado requerimiento: un plazo nuevamente de

diez días, pero que sólo «se iniciará transcurridos veinte días desde [...] el inicio de la actuación administrativa en vía de hecho».

En apariencia, lo que el precepto está diciendo es que los veinte días subsiguientes al inicio de la vía de hecho son inhábiles para formular el recurso, puesto que en tanto que el plazo de interposición no se inicia el recurso no puede formularse; si se hiciera, sería extemporáneo por anticipación. Pero tal interpretación carece por completo de sentido: si, en el recurso ordinario, la interposición puede efectuarse sin requerimiento el mismo día de la iniciación de la vía de hecho (aun con los riesgos de inseguridad que hemos señalado), sin esperar ni un minuto más, es absurdo que en un proceso en el que se protegen valores de mayor entidad y que, por lo mismo, debe tramitarse con mayor celeridad, el interesado haya de soportar a ciencia y paciencia la actuación ilegítima de la Administración durante veinte días para poder acudir al Juez o Tribunal.

Sería razonable suponer, en consecuencia, que esta interpretación se debe a un error de expresión del legislador (forzado estilísticamente por la alusión a varios plazos de cómputo heterogéneo en el mismo párrafo); que los veinte días subsiguientes a la iniciación de la vía de hecho serían también hábiles para interponer y que, por tanto, el plazo sería de treinta, en lugar de diez días. Pero (sin olvidar la manifiesta inconstitucionalidad que supone fijar un plazo de imposible determinación en cuanto a su *dies a quo* y que posibilita la privación de la tutela judicial al no hacerlo depender de un previo conocimiento por el recurrente de la situación que desea impugnar) carece de lógica que el plazo sea de mayor duración que el previsto en el artículo 46.3.

Como es natural, todas las consideraciones que se hicieron en el anterior epígrafe son aplicables a este caso, incrementadas por la circunstancia de tener este proceso como objeto nada menos que los derechos fundamentales susceptibles de amparo. Y, por las mismas razones, el precepto ha de interpretarse, de modo conforme a la Constitución, en idénticos términos a los que propusimos a propósito del último inciso del artículo 46.3: el plazo de treinta días no puede empezar a computarse en tanto que el interesado no realice actuaciones que supongan el conocimiento de la actividad administrativa en vía de hecho, quedando abierto indefinidamente en caso contrario.

C) *El régimen de medidas cautelares*

Como advierte la Exposición de Motivos de la LJCA, el talante interdicial del proceso contra vías de hecho tiene su plasmación más nítida en la regulación de las medidas cautelares que pueden adoptarse en el mismo. A ello dedica el artículo 136, que intenta reforzar el régimen cautelar general establecido en los artículos 129 a 135 tanto en cuanto a los criterios de fondo aplicables como en su instrumentación procesal.

Antes de examinar las dificultades interpretativas que ofrece el artículo 136 de la LJCA es necesario formular una precisión —no tan obvia como pudiera parecer a primera vista— relativa al diferente nivel de aplicabilidad que poseen cada uno de los dos apartados en que dicho precepto se divide.

En primer lugar, el régimen de criterios de fondo para el otorgamiento de medidas cautelares que se prevé en el apartado 1 del artículo debe entenderse aplicable en todo caso (esto es, siempre que lo que se impugne sea una vía de hecho), con independencia de que el recurrente haya optado por utilizar la específica modalidad procesal que hemos analizado en los epígrafes precedentes o, por el contrario, haya decidido interponer contra la actividad ilegal el recurso contencioso ordinario (posibilidad que, como más adelante veremos, debe admitirse en todo caso).

Por el contrario, la disciplina prevista en el apartado 2 del precepto constituye una simple especialidad (solicitud de medidas cautelares *ante processum*) respecto del régimen general de medidas cautelares regulado en los artículos 129 a 135 de la Ley, cuyo empleo es de carácter meramente optativo para el recurrente. La optatividad de esta disciplina es, no obstante, meramente consecencial respecto del momento de solicitud de las medidas: si se solicitan de forma autónoma y en momento temporal anterior a la interposición del recurso, su régimen será, desde luego, el previsto en el artículo 136.2; si, por el contrario, se solicitan en el mismo escrito de interposición o en una fase procesal ulterior, el régimen procesal de su tramitación y otorgamiento será el establecido en los artículos 129 a 135, con la excepción del régimen de fondo previsto en el artículo 130.1, que no será aplicable (sin perjuicio de lo que después se dirá), por cuanto el criterio de otorgamiento de las medidas será siempre el establecido en el artículo 136.1 (41).

(41) La única duda que ofrece esta panoplia de posibilidades es la relativa a la viabilidad de solicitar medidas de carácter preprocesal, al amparo del artículo 136.2. en el caso

Pero, con independencia de su diferente nivel de aplicación, ambos tipos de reglas ofrecen un importante número de cuestiones interpretativas.

1. *Un principio de fondo aparentemente privilegiado.*

Como ha señalado la generalidad de la doctrina (42), el artículo 136 invierte el régimen general de las medidas cautelares establecido en el artículo 130 en un doble sentido: de un lado, frente a la excepcionalidad de la medida cautelar común («... la medida cautelar *podrá acordarse únicamente cuando...*»), la regla en los casos de vía de hecho (y de inactividad) es, precisamente, su otorgamiento («... la medida cautelar *se adoptará salvo que...*»); y, de otro, el criterio de apreciación para la adopción de la medida no es el *periculum in mora*, aplicable al régimen común («cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso»), sino la mera apariencia de buen derecho de la pretensión que se esgrime («salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos [29 y 30]»).

Esta inversión del régimen común tiende, con toda evidencia, a propiciar o facilitar la adopción de medidas cautelares, en base a la presunta mayor gravedad de la infracción legal atribuida a la actuación administrativa (43), y confiere al artículo 136 un atractivo que,

de que se siga la vía del recurso contencioso ordinario (esto es, cuando se haya observado el régimen común de vía administrativa previa). La singularidad de esta técnica de medidas preprocesales, basada en una hipervaloración de la rapidez y la urgencia, parece ir ligada al seguimiento de la vía procesal específica contra la vía de hecho que venimos estudiando: de tal forma que, para la solicitud de estas medidas, tendría que haberse formulado el requerimiento previo que regula el artículo 30; y, si no se hubiera formulado dicho requerimiento, la solicitud de dichas medidas preprocesales obligaría al recurrente, en el posterior momento de la interposición del recurso, a observar el régimen de plazos previstos en los artículos 46.3 y 136.2. Pero esta argumentación no resulta enteramente satisfactoria: la posibilidad privilegiada de solicitar medidas preprocesales se justifica exclusivamente en una circunstancia material, cual es la existencia de una vía de hecho, debiendo considerarse como puramente facultativo para el recurrente el empleo posterior de una u otra vía procesal.

(42) Por todos, vid. la exposición de C. CHINCHILLA MARÍN, «La tutela cautelar», en J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN (eds.), *Comentarios...*, cit. págs. 581 y ss. (sobre este régimen especial, págs. 585 y ss.); sin duda, la mejor exposición hasta el momento sobre el particular. Sobre el tema, y en la literatura posterior a la LJCA, vid. M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, *Reflexiones iniciales sobre algunos problemas que plantea el nuevo régimen de las medidas cautelares en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, núm. 149 de esta REVISTA (1999), págs. 105 y ss., y M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Madrid, 1999.

(43) Así, para C. CHINCHILLA MARÍN, «La tutela cautelar», cit., pág. 586. «lo que vendría a suceder en los casos de inactividad y vía de hecho es que el legislador considera que la ilegalidad en la que supuestamente ha incurrido la Administración es de tal calibre que no merece la prerrogativa de la ejecutividad...». El razonamiento, perfectamente válido

presumiblemente, inducirá a un empleo abundante, por no decir que abusivo, de esta modalidad procesal, como ya sucediera con la muy similar regla que en su día estableció el artículo 7.4 de la hoy derogada Ley 62/1978, de 26 de diciembre (44), de la que el artículo 136.1 de la LJCA es heredero directo. Pero este atractivo tiene bastante de engañoso, por razones diversas.

En primer lugar, porque el proceso de formación de la voluntad judicial (cuando se hace correctamente, claro está) en torno a una solicitud de medidas cautelares es siempre e inevitablemente el mismo, con independencia de que la adopción de las mismas constituya regla o excepción; cualquier Juez sensato, a la hora de redactar el Auto correspondiente, utiliza conjuntamente todos los criterios de valoración disponibles: pondera los perjuicios respectivos que pueden causarse a las partes o a un tercero (45), estima el riesgo que la denegación de la medida puede suponer para la utilidad final del proceso y, por supuesto, echa un vistazo al *fumus boni iuris*, a fin de apreciar intuitivamente las posibilidades de éxito o de fracaso del recurso; y sólo entonces decide. No es razonable suponer que va a hacer caso omiso del *fumus boni iuris* (positiva o negativamente) en los supuestos de petición de medidas cautelares de régimen común, ni tampoco que no va a valorar el *periculum in mora* en los supuestos de aplicación del artículo 136 (46). En la práctica, pues, lo que este

para la vía de hecho, es, sin embargo, cuestionable para muchos de los supuestos de inactividad, en los que la infracción del ordenamiento no tiene por qué ostentar ninguna gravedad específica.

(44) Resulta un tanto sorprendente, por lo demás, que el reforzamiento de las medidas cautelares se haya desplazado en la LJCA de la protección de los derechos fundamentales (que ahora carece de especialidad alguna en la materia, como revela la lectura de los arts. 114 a 122) a materias como la vía de hecho y la inactividad, cuya relevancia, en términos generales y *a priori*, es bastante menor que la tutela de las libertades públicas. Es más que probable que la eliminación de esta particularidad tenga su causa en el abuso sistemático que se ha hecho del proceso especial de la Ley 62/1978 en busca de un régimen facilitado de suspensión; pero si esto es así, lo único que se ha hecho es desplazar el problema.

(45) La ponderación de los perjuicios que sufran o puedan sufrir todas las partes, y aun su misma apreciación, es algo que el Juez contencioso puede y debe hacer de oficio. Ello no exime a éstas, sin embargo, de la carga de su alegación. De la redacción del precepto se deduce que dicha carga pesa de manera especialmente intensa sobre la Administración demandada. Pero el que este artículo no mencione expresamente los perjuicios que la actuación impugnada cause al recurrente no supone que se exima a éste de la obligación de alegarlos y describirlos: no sólo porque toda petición a un órgano jurisdiccional debe ser por naturaleza motivada, sino porque, de otra manera, el juicio de ponderación no podría realizarse adecuadamente. Opina en este sentido J. L. TERRERO CHACÓN, «Disposiciones comunes a los Títulos IV y V», en E. ARNALDO ALCUBILLA y R. FERNÁNDEZ VALVERDE (eds.), *Comentarios a la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, El Consultor, 1998, pág. 1351.

(46) Tiene razón, pues, C. CHINCHILLA MARÍN, «La tutela cautelar», cit., pág. 590, cuando se pregunta «si no hubiese sido más oportuno establecer un régimen jurídico único y común para todas las medidas cautelares, y dejar en manos de los órganos judiciales la tarea de establecer las diferencias que las circunstancias singulares del recurso reclaman en cada caso».

precepto supone es, exclusivamente, *una directriz de predisposición en principio favorable al otorgamiento de la medida*: nada más. Así terminó sucediendo con la aplicación de la Ley 62/1978, y así probablemente ocurrirá con el nuevo artículo 136.1.

Pero, además y en segundo lugar, la propia naturaleza del objeto en los procesos contra vías de hecho va a entrañar dificultades considerables para los recurrentes en orden a probar el *fumus boni iuris* de su pretensión. Téngase en cuenta que, en la inmensa mayoría de los casos, el conocimiento del recurrente en torno a una vía de hecho se basará en puras presunciones: sólo sabe que ha tenido lugar una determinada actuación material; pero ignora de entrada si el órgano que ha actuado es o no competente, si se ha seguido o no el procedimiento, si hay o no acto de cobertura, o si lo que ocurre es simplemente un problema de ausencia de notificación (por ejemplo, por error en la dirección del interesado). De esta forma, al desconocer todo de cómo ha operado internamente la Administración, su impugnación ha de basarse en una prueba de hechos negativos, que sólo puede llevarse a cabo en un momento inicial (hasta ver el expediente, claro está) formulando negaciones apodícticas, sin fundamento probatorio alguno (y los breves plazos de recurso no permiten indagaciones muy profundas, por lo demás); negaciones cuyo grado de credibilidad por parte del Juez tiene que ser necesariamente muy limitado, salvo en los casos, muy excepcionales, de manifiesta ilegalidad. Esta dificultad es particularmente acusada en los supuestos de solicitud de medidas preprocesales, a las que después nos referiremos, pero existe también en las que se soliciten a la iniciación del proceso: acreditar, aunque sea superficialmente, el *fumus «mali» iuris* de una pura actuación material no es nada fácil en caso alguno.

2. *El confuso régimen de las medidas preprocesales.*

El atractivo de este régimen cautelar se dobla en el artículo 136.2 con la posibilidad de su solicitud en fase preprocesal, esto es, «antes de la interposición del recurso». Esta innovadora vía fue introducida en el debate parlamentario de la LJCA, tras una fuerte polémica en ambas Cámaras acerca de su ámbito de aplicación (47); circunstancia que está posiblemente en el origen de las numerosas dudas inter-

(47) El detalle del origen de las modificaciones puede verse en J. L. TERRERO CHACÓN, «Disposiciones...», cit., págs. 1349-1350. El debate se centró en la generalización de esta técnica a todo tipo de medidas cautelares, en lo que insistió particularmente la representación del Partido Nacionalista Vasco, y que fue finalmente desechada. Lo lamenta, con buenos argumentos, C. CHINCHILLA MARÍN, «La tutela cautelar», cit., pág. 595.

pretativas que este apartado suscita, que afectan a la práctica totalidad de los aspectos de su régimen.

a) La remisión al artículo 135.

El primero de ellos surge de la remisión, un tanto equívoca, que el artículo 136.2 hace al 135: «En los supuestos del apartado anterior las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, *tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente.*» Ahora bien, el artículo 135 no sólo contiene reglas de tramitación (recursos, comparecencia de las partes), sino dos determinaciones de fondo esenciales: primera, que concurra una especial urgencia en la adopción de la medida («atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso»); y segunda, la adopción *inaudita parte* de la medida («adoptará la medida sin oír a la parte contraria»). El problema radica en si la remisión que se hace al artículo 135 lo es exclusivamente a las normas de trámite o comprende también estas dos precisiones materiales.

En el caso de la posibilidad de adopción de las medidas cautelares *inaudita parte*, la contestación positiva parece imponerse (48): la falta de audiencia de la Administración demandada es el hecho que justifica que el artículo 135 imponga la celebración inmediatamente posterior, con presencia de todas las partes, de una comparecencia sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada; comparecencia que el artículo 136 menciona también, lo que no tendría sentido alguno si la adopción de las medidas hubiera de hacerse oyendo previamente a la Administración.

En términos hermenéuticos, la interpretación apuntada parece difícilmente cuestionable. Ello no obsta, sin embargo, para advertir de las dificultades prácticas que puede acarrear por la propia naturaleza de los procesos contra vías de hecho, que señalamos en el epígrafe anterior. La ausencia de soporte documental alguno —que concurrirá en cualquier solicitud de medidas de esta naturaleza— coloca al Juez en la alternativa de aceptar acríticamente las descripciones, por costumbre dramáticas y abundantes en exageraciones, que se hagan por el recurrente en el escrito de solicitud, y adoptar una medida cuyas repercusiones últimas en las obras o servicios públicos desconoce por completo, así como su real o inexistente ilegalidad. Hay casos para todo, pero es innegable que, en la inmensa mayoría de los supuestos, el Juez se sentirá inclinado a poner en duda la ver-

(48) Así lo dan por supuesto la mayoría de los autores: C. CHINCHILLA MARÍN, «La tutela cautelar», cit., pág. 596; V. GIMENO SENDRA, en V. GIMENO SENDRA *et al.*, *Comentarios...*, cit., pág. 889; J. J. TORRES FERNÁNDEZ, en F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *op. cit.*, pág. 1087.

sión de hechos y perjuicios que se le proporciona antes de ver algún papel u oír; aunque sea mínimamente, a la Administración autora de la actuación impugnada; y más aún, una vez que haya adoptado tales medidas de forma confiada en unos cuantos litigios, resulte en buena parte de ellos que la vía de hecho no existía más que en la imaginación del letrado director del recurrente.

Resta el requisito de la especial urgencia, cuya exigencia algún autor niega (49). Sin embargo, parece difícil que, siendo aplicable en bloque el artículo 135, pueda hacerse exclusión singular del primero de sus incisos sin un fundamento muy sólido. En nuestra opinión, el requisito es exigible no sólo en virtud de la remisión que el artículo 136.2 hace, sino sobre todo por la propia mecánica institucional de las medidas *inaudita parte*: la falta de audiencia de la contraparte no deja de ser, en términos generales, una desviación de los principios generales del proceso (el de contradicción, en concreto) cuya legitimidad ha de justificarse en una circunstancia excepcional específica. Por lo demás, dada la indeterminación y flexibilidad de lo que haya de entenderse por urgencia, el requisito no parece excesivamente gravoso.

b) El tiempo hábil para la solicitud.

También suscita incertidumbres la fijación del tiempo hábil para solicitar estas medidas. El problema se suscita en los supuestos de formulación de requerimiento previo, y se centra en saber si la solicitud de las medidas puede efectuarse antes de que transcurra el plazo de diez días a partir de la presentación de dicho requerimiento.

La postura de la escasa doctrina que se ha planteado la cuestión es ambigua (50); pero, a nuestro entender, la respuesta positiva no ofrece serias dudas, por tres razones: primera, porque el plazo inicial de diez días a partir del requerimiento no es un plazo de silencio en sentido estricto, como antes vimos, sino una mera referencia temporal durante la que se concede a la Administración la posibilidad de rectificar; segunda, porque la situación de especial urgencia que ha de concurrir para la solicitud de estas medidas sería incompatible

(49) J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, cit., pág. 2103.

(50) La única referencia que he hallado al tema (C. CHINCHILLA MARÍN, «La tutela cautelar», cit., pág. 597) no deja clara la posición de la autora sobre el particular. De una parte, afirma que «es evidente que deberán solicitarse siempre dentro del plazo previsto para la interposición del recurso» (luego, por tanto, no antes); pero a continuación precisa que «puesto que es la urgencia lo que fundamentalmente justifica su solicitud antes de la interposición del recurso, lo lógico sería que se solicitasen en el momento mismo en que se tiene conocimiento de la vía de hecho». Ciertamente, «lo lógico» no equivale a lo admisible en Derecho; pero del contexto parece deducirse que la autora mantiene una postura positiva sobre la cuestión.

con la obligada espera durante diez días; y tercera, porque si el recurso puede interponerse válidamente a partir del undécimo día siguiente al requerimiento (e incluso antes, a reserva de su subsanación por el tiempo, como vimos con anterioridad), y las medidas pueden solicitarse antes de la interposición, parece incuestionable que puedan pedirse los días décimo, noveno, octavo, etc., anteriores, cuando el plazo inicial no haya expirado aún.

c) La celebración de la comparecencia.

La remisión que el artículo 136.2 hace al artículo 135 suscita también problemas en cuanto a las reglas de celebración de la comparecencia ulterior que ambas normas prevén, cuyo contenido ofrece diferencias relevantes. El artículo 135, en primer lugar, establece con toda claridad que, en la misma resolución en la que se adopten las medidas solicitadas, el Juez o Tribunal «convocará a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes». El artículo 136.2, en cambio, sume al lector en un mar de confusiones: el segundo inciso de su primer párrafo dice que «en tal caso el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. En los tres días siguientes se convocará la comparecencia a la que hace referencia el artículo anterior».

De una exégesis literal del texto transcrito del artículo 136.3 —un ejemplo de la peor literatura legislativa— podría deducirse, en primer lugar, que la convocatoria de la comparecencia no se haría en el propio auto que resuelva sobre las medidas solicitadas (como ordena el art. 135), sino en otra resolución diversa; en segundo lugar, que en los tres días siguientes (a no se sabe qué) debe tener lugar necesariamente no la celebración de la comparecencia (así, art. 135), sino sólo la convocatoria de la misma; y, por fin, no se sabe a ciencia cierta cuál sea el día inicial de «los tres siguientes» (¿siguientes a qué?, ¿a la notificación del auto resolviendo sobre la solicitud de medidas cautelares —que es la referencia gramatical más próxima— o a la fecha de interposición del recurso?). Y, sobre todo, la cuestión básica: si, en su inciso primero, el artículo 136.2 remite a las reglas de tramitación del artículo 135, ¿cómo es posible que acto seguido establezca normas superpuestas y de contenido diverso a aquellas a las que se reenvía?

Estas dudas no son resolubles con criterios simplistas de interpretación (como sería afirmar que la remisión al artículo 135 lo es sin perjuicio de las salvedades al mismo que en el propio precepto remisor se establecen). Antes bien, todo hace pensar en la comisión

por el legislador de un simple lapsus terminológico: con toda probabilidad, quiso decir «celebrará» allí donde dice literalmente «convocaré»; la inmediata alusión a «la comparecencia a la que hace referencia el artículo anterior» así parece abonarlo, pues si hubiera querido efectivamente alterar el régimen se habría dicho de modo más explícito. No ignoramos que esta propuesta interpretativa convierte a este problemático inciso en redundante: pero la mecánica propia de las medidas *inaudita parte* no admite otra solución; la gravedad y el riesgo intrínsecos para el interés público que suponen exigen que la comparecencia tenga lugar, y no sea meramente convocada, dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto de adopción de las medidas (51); el establecimiento de un plazo tan perentorio sólo tiene sentido en relación con la celebración de la comparecencia, no con la mera convocatoria, que podría fijar válidamente la fecha de celebración para seis meses después, por ejemplo, lo que sería absurdo.

d) La interposición ulterior del recurso.

El máximo nivel de incertidumbre del artículo 136.2 se encuentra en el régimen de interposición del recurso. Su texto («En tal caso el interesado habrá de pedir su ratificación [de las medidas adoptadas] al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares») plantea diversas dudas.

— La primera se refiere a la naturaleza y efectos del plazo de diez días que se otorga para interponer el recurso contencioso. Partamos, para ello, de la dicción literal del artículo 46.3 de la LJCA, y supongamos, en caso de haberse formulado requerimiento, que el interesado deja pasar los diez días iniciales de que habla el artículo 30, solicitando las medidas preprocesales el día undécimo. Aunque, en teoría, el auto resolviendo sobre la petición podría dictarse de modo

(51) Es también la opinión de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., II, pág. 630. C. CHINGILLA MARÍN, «La tutela cautelar», cit., pág. 597, comparte el mismo criterio, aunque entiende que la celebración de la comparecencia debe efectuarse dentro de los tres días siguientes a la interposición del recurso. Esta forma de cómputo no parece, sin embargo, adecuada a la imprescindible inmediatez de la comparecencia (derivada de la excepcionalidad de las medidas *inaudita parte*), la cual puede sufrir, en tal hipótesis, importantes demoras: de un lado, porque el recurrente, una vez obtenidas las medidas solicitadas, puede agotar el plazo de diez días que la Ley le otorga para interponer el recurso; y, de otro, porque la celebración de la comparecencia dentro de los tres días siguientes al de la interposición será, en la práctica, imposible, dado que los órganos judiciales tardan, de hecho, varios días (cuando no semanas o meses, lamentablemente) en dictar la primera providencia sobre el escrito de interposición (que es en la que se podría convocar la comparecencia).

inmediato, la carga normal de trabajo de los órganos judiciales impedirá que pueda emitirse dentro de los nueve días siguientes, con lo que el dilema está servido: ¿debe interponer el recurso, aunque no haya recaído resolución sobre las medidas solicitadas, dentro del plazo que le resta, o puede esperar a que se le notifique dicha resolución, dado que en tal fecha parece que se le abre un nuevo y completo plazo de diez días? En otras palabras, la cuestión se ciñe a saber si la petición de medidas preprocesales interrumpe (no meramente suspende) el cómputo del plazo ordinario de interposición, que volverá a abrirse (en su integridad) con la notificación del auto resolviendo sobre la pieza separada.

A nuestro entender, la respuesta positiva se impone (52), ya que, de otro modo, la previsión de plazo que hace este precepto sería inútil (y además porque, en la hipótesis contraria, sería imposible solicitar en el escrito de interposición la ratificación en unas medidas que aún no se han dictado). Y, por otro lado, permitir el aplazamiento de la interposición tendría la ventaja de evitar muchos recursos innecesarios, por cuanto la denegación de las medidas cautelares entraña siempre un prejuicio decisivo sobre el fondo del proceso; aunque la denegación puede basarse también en la falta de especial urgencia o en la existencia de perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo normal será que se apoye en la inexistencia evidente de vía de hecho; lo cual desalentará la interposición de muchos recursos temerarios, ya que, si se iniciaran, se enfrentarían de entrada con una inadmisión *a limine*, acto seguido, en virtud de lo previsto en el artículo 51.3 de la LJCA (53).

— Una segunda duda, de alcance similar a la anterior: en la hipótesis (poco probable, pero que no puede desecharse *a priori*) de que las medidas cautelares sean adoptadas de forma inmediata y an-

(52) En el mismo sentido (único autor que se refiere a la cuestión), J. J. TORRES FERNÁNDEZ, en F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *op. cit.*, pág. 1089; la redacción es un tanto confusa, pero su conclusión no me ofrece dudas.

(53) «Cuando se impugne una actuación material constitutiva de vía de hecho, el Juzgado o Sala podrá también inadmitir el recurso si fuera evidente que la actuación administrativa se ha producido dentro de la competencia y en conformidad con las reglas del procedimiento legalmente establecido.» E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., II, pág. 631, critican, con tanta dureza como razón, este precepto, al que califican de «radicalmente inadmisibile. El artículo 24 de la Constitución [...] impide aplicar este precepto tal como está redactado, puesto que el Tribunal no puede pronunciarse por la impresión de una aparente "evidencia" si no se ha dado al recurrente la posibilidad de destruir esa apariencia en el proceso, con todas sus armas, si se le niega, tan flagrantemente, el derecho de defensa constitucionalmente consagrado». Pero, aunque esta norma sea aplicada, como sería deseable, de forma sumamente restrictiva, el prejuicio de fondo establecido en el auto de denegación de las medidas operaría respecto de la sentencia final, con lo que su eficacia disuasoria se mantendría.

tes de que finalice el plazo ordinario para la interposición del recurso, ¿cuál es el tiempo hábil para realizar ésta? Nos referimos, claro está, a los supuestos en que la expiración del plazo ordinario de interposición se produjera en una fecha *posterior* al de los diez días siguientes a la notificación del auto de adopción de las medidas. Las dos soluciones posibles son, evidentemente, la de que el recurso habrá de interponerse necesariamente dentro del plazo que señala el artículo 136.2 (esto es, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto que resuelva sobre la solicitud de medidas), o bien que el recurrente dispondrá de dicho plazo más los días que le resten del plazo ordinario (54). La primera solución, que supone un acortamiento del plazo, parece venir apoyada por el adverbio «inexcusablemente» que el artículo 136.2 emplea («... al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse *inexcusablemente* en el plazo de diez días...»); sin embargo, la aplicación del principio *pro actione* hace claramente preferible a la segunda fórmula (55).

(54) Dos ejemplos bien simples. Primero, se formula el requerimiento a la Administración y el siguiente día se solicitan las medidas, que se conceden, supongamos, el día quinto a contar desde el del requerimiento; el plazo de diez días a que se refiere el artículo 136.2 finalizaría el día decimoquinto a contar desde el requerimiento, mientras que, si se aplica el plazo ordinario del artículo 46.3, el afectado dispondría aún de otros cinco días más. Y segundo, en el caso de recurso directo, sin requerimiento previo, se solicitan las medidas el segundo día posterior al de iniciación de la vía de hecho, y se conceden cuatro días después, el sexto; aplicando el artículo 136.2, el plazo de interposición finalizaría el día decimosexto a contar del inicio de la vía de hecho, en tanto que, según el artículo 46.3, el plazo expiraría cuatro días después.

(55) Esto no obstante, la solución que se dé a esta alternativa deberá ser coherente con la que se otorgue a la de la fecha de celebración de la comparecencia de las partes, a la que nos referimos en el anterior epígrafe. Si dicha comparecencia debe celebrarse, como es nuestra opinión, dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto de adopción de las medidas, no habría inconveniente alguno en adoptar la segunda solución; el interés público no sufriría por la extensión en unos pocos días del plazo de interposición. Pero sí, como opina C. CHINCHILLA, la celebración de la comparecencia ha de tener lugar dentro de los tres días siguientes a la interposición del recurso, la urgencia en oír a la parte demandada avalaría la interpretación de que el recurso haya de interponerse necesaria o inexcusablemente dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto; máxime si se adoptara también alguna de las fórmulas más generosas de cómputo del plazo de veinte días a que se refiere el artículo 46.3 y que antes hemos defendido, las cuales podrían llevar a una postergación considerable del acto de la comparecencia.

Y lo mismo ha de decirse respecto de la previsión contenida en el párrafo segundo del artículo 136.2 («De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido»); la extinción *de jure* de las medidas adoptadas en caso de no interposición del recurso en plazo es enteramente lógica; pero no hay, a mi juicio, *inconveniente alguno para entender que el levantamiento automático de las medidas deba postergarse hasta la finalización del plazo total de interposición de que disponga el interesado* (esto es, no sólo los diez días de que habla el párrafo anterior, sino también el exceso que le reste en aplicación del art. 46.3). Ello debe ser así por meras razones de economía procesal: la extinción de las medidas por el mero transcurso del plazo de diez días carece de sentido si el recurso, por ejemplo, se interpone el día duodécimo, trámite en el que no sólo podrán solicitarse de nuevo tales medidas, sino que tendrán que ser de nuevo concedidas en aplicación de los mismos criterios, si no han variado las circunstancias de hecho.

— El rayo que no cesa: suponiendo que la notificación del auto resolviendo sobre las medidas solicitadas abra un nuevo plazo de interposición del recurso, he aquí que dicha habilitación de nuevo plazo se produce, literalmente, con «la notificación de la *adopción* de las medidas cautelares». La duda surge de forma inmediata: la apertura del nuevo plazo, ¿se produce en todo caso, cualquiera que sea el contenido del auto, o sólo en el supuesto de *estimación* de la solicitud, esto es, si las medidas solicitadas han sido «adoptadas» por el Juez o Tribunal? Un nuevo factor de incertidumbre para el recurrente que insta tales medidas que, al desconocer la suerte que correrá su petición, ignora si debe interponer el recurso en el plazo que le resta (del original) o si dispondrá de un nuevo plazo aun en el caso de que las medidas sean denegadas.

La existencia de este factor de inseguridad es suficiente, a nuestro juicio, para preconizar una interpretación amplia del término «adopción»; pero, además de que la interpretación estricta haría por completo inútil este plazo (nadie se arriesgaría a posponer la interposición ante la incertidumbre sobre la resolución judicial en la pieza separada), no hay razón suficiente para tratar procesalmente de modo desigual al recurrente que obtiene las medidas solicitadas que al que las ve rechazadas (al que, a mayor abundamiento, se le vedaría el acceso a la Jurisdicción).

— Y, por fin, un problema menor: la obligación que se impone al recurrente de ratificarse, en el escrito de interposición, en la solicitud de las medidas ya acordadas. No se adivina la razón de esta exigencia, perfectamente fútil, y que sólo servirá para añadir tres líneas a los escritos de interposición; si el interesado ha pedido de forma anticipada determinadas medidas cautelares, es obligado suponer que deseará mantenerlas y preservarse frente a las consecuencias de la vía de hecho hasta que recaiga sentencia definitiva; en todo caso, tal ratificación tendrá también que hacerse, necesariamente de modo explícito, en el acto de comparecencia, cuyo objeto es, justamente, «el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada» (art. 135). Por ello, nos parece enteramente cargada de razón la propuesta de C. CHINCHILLA (56) según la cual la mera interposición del recurso debe bastar para tener por cumplido este requisito. Ciertamente, pedir la ratificación no cuesta nada; pero puede olvidarse fácilmente (en cuyo caso habría que poner en marcha —para nada— el sistema de subsanación de defectos que prevé el art. 45.3 de la LJCA); y, en todo caso, hacer cosas inútiles siempre da coraje.

(56) *Op. cit.*, pág. 598.

III. HACIA UN REPLANTEAMIENTO DEL CONTROL DE LAS ACTUACIONES MATERIALES ILEGALES

El análisis del recurso contencioso contra vías de hecho que hemos pretendido exponer en las páginas anteriores (limitado, como ha podido verse, a sus aspectos más problemáticos) pone de manifiesto que el legislador de 1998, pese a sus innegables buenas intenciones, ha diseñado una modalidad procesal híbrida, llena de incertidumbres en sus aspectos prácticos más esenciales y acuciantes que, hasta tanto no se despejen definitivamente por la doctrina jurisprudencial (lo que llevará años, habida cuenta del retraso acumulado que pesa sobre los órganos de la Jurisdicción), puede convertirla en un instrumento de alto riesgo para los interesados: la indeterminación de lo que sea o no vía de hecho, las lagunas en la regulación del requerimiento previo, la incomprensible brevedad de los plazos de interposición y las dificultades insuperables para su cómputo pueden llegar a ser trampas mortales en las que caerán recurrentes confiados y abogados expeditivos o amantes de las emociones fuertes, atraídos por el señuelo de una supuesta rapidez y, sobre todo, de un sistema aparentemente privilegiado de medidas cautelares. Y, por mucho que confiemos en la flexibilidad y sensatez de los miembros de la Jurisdicción, un elemental sentido de prudencia aconsejaría, por el momento, no hacer uso de esta modalidad procesal, dicho lisa y llanamente.

Pero las vías de hecho, al igual que las actuaciones materiales afectadas de irregularidades no especialmente graves, existen. Y ello obliga a explorar vías alternativas de control que posean un nivel inferior de inseguridad.

Como ya hemos advertido en páginas anteriores, la LJCA ha optado por una confusa vía media en el diseño del recurso contra vías de hecho, cuya tramitación ofrece diversas variantes sobre el esquema del procedimiento ordinario en primera o única instancia, pero sin llegar a alcanzar el rango formal de «procedimiento especial» (que lo hubiera situado como un capítulo más de su Título V). Dejando a un lado las calificaciones teóricas, que nos llevarían a un debate inacabable, lo cierto es que esta solución intermedia sitúa a los ciudadanos afectados por una actuación material ilegítima de la Administración ante un imperativo de elección: interponer el recurso con arreglo al régimen ordinario o acogiéndose a esta específica modalidad procesal, con todas sus ventajas y limitaciones.

El problema surge del hecho de que la LJCA no proporciona explícitamente criterios orientadores de la elección: ante la existencia

de una eventual vía de hecho, ¿es obligado seguir el procedimiento regulado en los artículos 30, 32.2, 46.3 y concordantes, o puede optarse libremente por el procedimiento ordinario?; ¿cabe interponer simultáneamente ambos recursos a título precautorio, como sucedía bajo la legislación anterior con el proceso especial de protección de derechos fundamentales?; ¿qué decisión debe tomar el Juez o Tribunal cuando, seguido este procedimiento específico, aprecia que no existe vía de hecho, pero sí otras ilegalidades en la actuación material impugnada?; ¿puede en tal caso interponer el recurrente, con posterioridad, un recurso ordinario si el auto de inadmisibilidad *a limine* o la sentencia de fondo no aprecia la existencia de vía de hecho?

a) El primer interrogante que suscita esta coexistencia de vías procesales es el de su carácter alternativo y el de su posible simultaneidad. El primero de estos dos puntos debe resolverse afirmativamente, en aplicación del principio *pro actione*. Ante una actuación administrativa presuntamente constitutiva de vía de hecho, es ineludible reconocer al afectado la posibilidad de impugnarla por el procedimiento ordinario o por la vía específica que es objeto de este estudio: no sólo por el carácter residual que el primero posee, sino, ante todo, por la propia incertidumbre en la calificación de los hechos, de los que el interesado, por lo común, sólo sabe que existen. No sería lícito forzar a éste a una precalificación que puede resultar a la postre errónea, por ausencia de información por parte de la Administración, obligándole a seguir una vía procesal que podría ser improcedente una vez se desvelen los arcanos de la formación de la voluntad administrativa, arrastrándole a un fallo de inadmisión que no sería en modo alguno imputable al mismo. Ante una pura actuación material, pues, el afectado debe poder optar libremente por cualquiera de los dos procedimientos.

Es evidente que la dificultad podría resolverse si se admitiera la interposición acumulativa de ambos recursos. Pero esta solución, que no puede descartarse en principio y que tendría en su favor el precedente de los procesos incoados al amparo de la Ley 62/1978, no deja de ser bastante absurda: de un lado, incrementa artificialmente el cúmulo de asuntos pendientes ante los órganos jurisdiccionales, obligando a la tramitación de procesos paralelos de los que, normalmente, uno de ambos es puramente inútil; y, de otro, carga sobre los afectados unos costes duplicados por representación y defensa jurídica que carecen de toda justificación.

La forma más simple de resolver este dilema sería, sin embargo, lograr una coincidencia general en interpretar extensivamente el concepto legal de vía de hecho como equivalente a toda actuación

administrativa material *aparentemente* no fundada en un título jurídico consistente en un acto formal expreso (que podría no existir o, simplemente, no haber sido notificado al interesado, sin que éste tuviera conocimiento alguno del mismo); siempre que concurrieran ambos presupuestos podría utilizarse este procedimiento específico, con independencia de que, con posterioridad, se hiciera patente el acto de cobertura o el procedimiento en base al cual se dictó (aunque desconocido por el ciudadano), y cualquiera que fuese el tipo de ilegalidad en que pudiera haberse incurrido. El obstáculo para ello no sería tanto de carácter técnico (la indeterminación del concepto de vía de hecho lo permitiría sin excesiva violencia) como legal: en concreto, el artículo 51.3 de la LJCA, que difícilmente podría ser interpretado en la clave que aquí se propone.

b) Ahora bien, en la hipótesis de que no resultara admisible la alternatividad y/o simultaneidad de ambos tipos procesales, resta la cuestión del tratamiento que debe darse a un recurso interpuesto por el procedimiento específico contra una actuación aparentemente constitutiva de vía de hecho que, a la vista del expediente, resulta inexistente en términos estrictos (por ejemplo, porque existe el acto de cobertura, que el recurrente desconocía), pero que se halla incurso en otro tipo de ilegalidad. En estas condiciones, cabría la posibilidad de aplicar el artículo 51.3 e inadmitir el recurso; ello no privaría al recurrente de su derecho a la acción, porque, al tener en ese momento conocimiento del acto de cobertura, podría darse por notificado del mismo e impugnarlo por el procedimiento ordinario (para el cual no le habría corrido plazo alguno, al no haber existido notificación).

Pero aunque dicha solución fuera procedimentalmente ortodoxa, supondría un desatino desde la óptica de la economía procesal: trabado ya el proceso, emplazadas y comparecidas las partes y remitido el expediente, anular todo lo actuado y volver a empezar uno nuevo no tiene lógica alguna; sobre todo, porque la tramitación y el contenido de ambos procesos, en su núcleo sustancial, son exactamente idénticos (57); lo normal y adecuado sería hacer caso omiso de la cir-

(57) En el aspecto formal, en efecto, las especialidades del proceso contra vías de hecho se refieren siempre —salvo el art. 51.3— a aspectos externos o periféricos al procedimiento: vía previa, plazo de interposición y medidas cautelares. Y tampoco hay diferencias sustanciales en punto a las pretensiones como objeto del proceso, que obligasen a una rectificación del suplico de la demanda (si la misma se hubiera ya formulado): la única pretensión mencionada en el artículo 32.2 que no tendría claro encaje en el proceso ordinario (art. 31) sería la de cesación de la actuación administrativa ilegal. Pero dicha pretensión (entendida como paralización de la actuación material ilegal, cosa distinta de la eliminación de sus efectos) es, en primer lugar, de carácter puramente teórico, incluso en este tipo de proceso; por lenta que sea la Administración, no hay actuación administrativa que tarde hoy más en finalizar que el tiempo que emplea un proceso cualquiera en fallarse; y,

cunstancia descubierta y continuar el proceso hasta sentencia, punto en el cual no existe diferencia alguna entre los pronunciamientos posibles en uno y otro tipo de recurso (los arts. 67 a 73 no mencionan singularidad alguna respecto de los procesos contra vías de hecho).

c) Todo lo expuesto pone de relieve la artificiosidad de buena parte de las especialidades procesales creadas en torno a la vía de hecho, cuyo tratamiento diferenciado no es más que una fuente de problemas perfectamente gratuitos; problemas que pueden resolverse por vía interpretativa, como hemos visto, pero que generarán conflictos y frustraciones incontables hasta que las soluciones razonables se asienten jurisprudencialmente. Sería, por tanto, muy digna de consideración la oportunidad de una reforma legislativa, que eliminaría de un plumazo todos los problemas mediante la introducción en el texto vigente de la LJCA de dos mínimas alteraciones:

— De una parte, la redefinición del objeto de la actividad administrativa impugnabile (art. 25.2), que quedaría referido, además de a la inactividad administrativa, a las *actuaciones materiales ilegítimas de la Administración, incluidas las vías de hecho* (y no sólo estas últimas).

— Y, de otra, la fijación de un plazo específico para la interposición del recurso (ya que, no existiendo actividad formalizada, no cabría efectuar cómputo desde la notificación o la producción del silencio); la duración de dicho plazo es cuestión sustancialmente opinable (58); sí sería imprescindible, en cambio, fijar de modo sensato la fórmula de su cómputo o *dies a quo*, que no podría hacerse depender de factores externos al recurrente, como el inicio o la finalización de la actuación administrativa ilegal, sino de algún acto del mismo que revelase su conocimiento de la actuación o situación creada (59).

en segundo lugar, la eliminación de los efectos de la actuación ilegal puede ser también conseguida en el proceso ordinario a través de la pretensión de adopción de las «medidas adecuadas para el pleno restablecimiento» de la situación de hecho preexistente.

(58) Aunque sería en todo caso injustificado que fuera inferior al general de dos meses; el plazo de un año, habitualmente usado respecto de las acciones basadas en circunstancias de hecho, como ocurre con la acción de responsabilidad, tendría bastante lógica interna; y no precisamente por simetría con los procesos

(59) La omisión de una referencia a las medidas cautelares es deliberada. A la vista de lo que expusimos en el texto, el actual artículo 136 no aporta nada sustancial, en términos prácticos, a la tutela cautelar: con las previsiones del artículo 135, si funciona adecuadamente en cuanto a los plazos en él establecidos, es más que suficiente, siempre y cuando se entendiera aplicable a todos los casos de impugnación de actuaciones materiales ilegítimas (sin entrar a matizar con la problemática urgencia). La ventaja de poder pedir las medidas cautelares antes de la interposición es puramente simbólica: si el recurso puede interponerse desde el mismo momento en que se tiene conocimiento de la vía de hecho, tanto da redactar un escrito de simple solicitud de medidas que anteponer a éste las fórmulas de interposición, en lo que un abogado de mediana experiencia no emplea más de un cuarto de hora.