

**LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN LOS PROCEDIMIENTOS
ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES.**

PARTE GENERAL Y PARTE ESPECIAL

APLICACIÓN EN EL AMBITO DE LA LEGISLACION MEDIOAMBIENTAL

*RAUL GARCIA ALVAREZ
GUARDA DEL MEDIO NATURAL DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS
LICENCIADO EN DERECHO POR LA UNED
raul.garciaalvarez@asturias.org*

Palabras clave: Provisional, Administración, Procedimiento, Urgente, Motivación, Discrecionalidad, Suspensión, Provisionalísimas, Jurisprudencia, Infracción, Delito, Revisión, Responsabilidad.

ENERO 2014

La motivación es el presupuesto formal que separa la discrecionalidad de la arbitrariedad y constituye garantía imprescindible del correcto ejercicio de las facultades administrativas, caracterizándose por la aportación de las razones que justifican la adopción de una decisión respecto de determinada persona.

SJCA Zaragoza

INDICE

Presentación	5
PARTE GENERAL	
1. Metodología	7
2. Definición	8
3. Normativa General	9
4. Principios aplicables a las medidas provisionales	11
5. Tipología	11
6. Procedimiento	13
7. Régimen de revisión y recursos	15
7.1 Naturaleza	
7.2 Los recursos.	
7.3 Revisión de los actos	
7.4 Revisión jurisdiccional	
8. Consecuencias jurídicas	19
8.1 Ejecución Forzosa.	
8.2 Infracciones.	
8.3 Ordenamiento Penal	
8.4 Responsabilidad Patrimonial de la Administración	
9. Repertorio Jurisprudencial	28
10. Conclusiones	39
PARTE ESPECIAL	
1. Justificación.	42
2. Procedimiento Sancionador del Principado de Asturias	43
3. Normativa de Caza.	45
4. Normativa de Pesca Fluvial	47
4.1. Medidas generales	
4.2 Medidas urgentes	
4.3 Medidas específicas	

5. Normativa de Montes	50
5.1 Procedimiento de suspensión	
5.2 Procedimiento del artículo 98	
5.3 El decomiso	
5.4 La instrucción GMN 1/2007	
6. Normativa en Espacios Naturales	59
6.1. Aplicación de la Ley de Responsabilidad Ambiental	
7. Normativa en Impacto Ambiental	62
8. Bibliografía.	64

Presentación:

El presente trabajo tiene como finalidad la investigación y compilación sobre el derecho aplicable a las medidas provisionales adoptadas en los procedimientos administrativos sancionadores.

El enfoque del presente trabajo se configura en dos partes diferenciadas mediante el tradicional sistema utilizado en la sistematización del derecho positivo de Parte General y Parte Especial.

La diferencia mediante este sistema se produce ya que resulta necesario el enfoque individual que proporciona en primer lugar el derecho positivo general mediante lo dispuesto en la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que fija las bases y el desarrollo general de esta institución jurídica.

La parte especial versará sobre la aplicación del derecho positivo especial en materia medioambiental y en el ámbito del Principado de Asturias, entendiendo dicha materia en ámbito restringido tal y como se indicara en la correspondiente justificación de la parte especial del presente trabajo.

Este trabajo aspira a ser una fuente de consulta útil para los funcionarios que forman parte del la Guardería del Medio Natural que tengan interés en esta institución jurídica para que puede ser manejada de forma correcta, ya que es el ámbito de actuación y conocimiento del autor.

Las medidas provisionales o cautelares en el seno y previas a los procedimientos administrativos sancionadores se configura como una herramienta de las mas potentes que pone fin a las actividades configuradas como infracción administrativa y a los daños que las mismas puedan ocasionar a los bienes jurídicos protegidos.

Dicha herramienta bien utilizada cumple con los principios que configuran dicha institución; pero utilizada de forma arbitraria o no justificada puede originar supuestos de de importantes perjuicios y vulneración de derechos.

PARTE GENERAL

1. Metodología.

Para analizar los procedimientos sobre la adopción de medidas cautelares o provisionales vamos a sistematizar el presente trabajo de la siguiente forma:

En primer lugar se observará con detenimiento lo contenido en la Ley 30/1992 de 26 de noviembre y la norma de desarrollo de la misma materializada en el Reglamento por el que se aprueba el Procedimiento Sancionador General.

En segundo lugar se analizarán la aplicación de este derecho en la actividad judicial mediante el análisis de una selección de sentencias de diversas materias emanadas por la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Dichas sentencias contienen en sus fundamentos jurídicos los pronunciamientos e interpretaciones adecuadas para la aplicación de esta institución jurídica.

Se ha seleccionado once sentencias de diferentes órganos jurisdiccionales y de distinta jerarquía y se intentará de las mencionadas sentencias estas interpretaciones y pronunciamientos que configuran la institución de las medidas cautelares o provisionales.

En tercer lugar se conocerá la parte reguladora de los vicios administrativos, revisión y corrección.

En cuarto lugar analizaremos las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las medidas provisionales. Dichas consecuencias se verán tanto desde la vertiente administrativa como la penal, ya que ambos sistemas se han dotado de herramientas para la represión de estas conductas.

En el mismo apartado también se abordarán los efectos de la adopción de las medidas provisionales por parte de la administración cuando la misma se exceda o no respete el estatuto jurídico que las regula, originando los supuestos de la responsabilidad patrimonial en el caso de lesión a los particulares.

2. Definición.

En la normativa administrativa reguladora de la institución jurídica de las medidas provisionales no se conoce definición alguna que la describa.

Las medidas provisionales son actos administrativos exteriorizados por órganos administrativos competentes y dictados en el seno de un procedimiento administrativo o anteriormente y dotados de las siguientes notas:

- Serán las necesarias para asegurar el buen fin de la resolución final.
- La competencia para su emisión viene determinada legal o reglamentariamente.
- El acuerdo para su adopción debe ser motivado.
- Evitarán el mantenimiento de los efectos de la infracción (en su caso)
- Estarán expresamente previstas en la ley.
- Obedecerán a los principios de proporcionalidad, intensidad y necesidad.
- Deberán contener en su núcleo los principios de *"fumus boni iuris"* y *"periculum in mora"*. Es decir la apariencia del buen derecho y la urgencia.
- Son inmediatamente ejecutivos.
- Pueden ser adoptadas de oficio o a petición de parte.
- Tienen como límites infranqueables para ser adoptadas cuando puedan causar perjuicio de imposible o difícil reparación y/o cuando impliquen la violación de los derechos amparados por la leyes.

Las medidas provisionales tienen por objeto asegurar que el tiempo necesario para la tramitación del procedimiento no haga desaparecer los efectos que se pretenden con la resolución que en el mismo se dicte.

3. Normativa general reguladora de las medidas provisionales.

El derecho administrativo básico se pronuncia sobre la regulación de las medidas provisionales en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en dos preceptos diferentes:

TÍTULO VI

De las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos

CAPÍTULO PRIMERO

INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Artículo 72 Medidas provisionales

1. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello.

2. Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes en los supuestos previstos expresamente por una norma de rango de Ley. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda.

En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

3. No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

4. Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción. En todo caso, se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente.

Se regulan asimismo, en este capítulo, otras cuestiones conexas a la iniciación, como el período de información previa, las medidas provisionales para asegurar la eficacia de la resolución, la acumulación de asuntos y la modificación o mejora voluntaria de los términos de la solicitud formulada por los interesados

TÍTULO IX

De la potestad sancionadora

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Artículo 136 Medidas de carácter provisional

Cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores, se podrá proceder mediante acuerdo motivado a la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer

Vista la disposición sistemática en la norma de los preceptos transcritos se puede observar como el artículo 72 es un precepto que regula con alcance general todo tipo de procedimientos administrativos y el contenido en el artículo 136 se trata de una norma de carácter especial aplicable solo a los procedimientos administrativos sancionadores; tal y como reza el título del capítulo II.

La norma indicada en el artículo 136 configura los elementos que dicha institución se reconocen en el derecho sancionador general indicando una cautela “Cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores”.

La dicción literal del precepto acota la aplicación de esta institución jurídica a la condición de que las normas reguladoras contengan este habilitación legal, es decir, una reserva de ley para su aplicación.

Su articulación formal viene recogida en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora establece en su artículo 15 el precepto habilitador de esta institución con la siguiente redacción:

Artículo 15 Medidas de carácter provisional

1. De conformidad con lo previsto en los artículos 72 y 136 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el órgano competente para resolver podrá adoptar en cualquier momento, mediante acuerdo motivado (1), las medidas de carácter provisional que resulten necesarias para asegurar la eficacia (2) de la resolución que pudiera recaer, el buen fin del procedimiento (3), evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción (4) y las exigencias de los intereses generales (5).

Quando así venga exigido por razones de urgencia inaplazable, el órgano competente para iniciar el procedimiento o el órgano instructor (6) podrán adoptar las medidas provisionales que resulten necesarias.

2. Las medidas de carácter provisional podrán consistir en la suspensión temporal de actividades y la prestación de fianzas, así como en la retirada de productos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, y en las demás previstas en las correspondientes normas específicas.

3. Las medidas provisionales deberán estar expresamente previstas (7) y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad (8) y necesidades de los objetivos que se pretendan garantizar en cada supuesto concreto.

El reglamento del procedimiento sancionador indicado integra el contenido de los artículos 72 y 136 de la Ley 30/1992 haciendo valido para la adopción de medidas provisionales las reglas en ellos indicadas.

4. Principios aplicables a las medidas provisionales.

De la glosa de los preceptos indicados en el artículo 15 del Reglamento que regula el procedimiento sancionador podemos destacar los siguientes:

(1). Mediante acuerdo motivado: Resulta esencial la motivación de la resolución, acuerdo o decreto que dicte las medidas de carácter provisional en los procedimientos sancionadores, al objeto de controlar la proscrita arbitrariedad de los poderes públicos entre otros extremos.

(2) y (3). Asegurar la eficacia y el buen fin del procedimiento: Las medidas adoptadas deberán ser útiles para asegurar la eficacia de la resolución final; so pena de ser redundantes, inútiles o desproporcionadas.

(4). Evitar los efectos de la infracción: Por lo que no será preciso la adopción de medidas en las infracciones totalmente agotadas en su comisión; siendo solo útil en las infracciones continuadas o que puedan nacer de nuevo.

(5). *Exigencias de los intereses generales*: Como concepto jurídico indeterminado, será preciso apreciar en cada momento y de acuerdo con la normativa sectorial aplicable en cada caso concreto los intereses generales en juego.

(6). *El órgano competente para iniciar el procedimiento o el órgano instructor*: Como regla formal se establece la posibilidad alternativa de dictar este tipo de actos administrativos en casos de urgencia tanto por un órgano administrativo competente para resolver el expediente sancionador como el órgano administrativo competente para iniciarlo.

(7). *Las medidas provisionales deberán estar expresamente previstas*: Para la aplicación de cada una de las medidas hay que acudir a las normas de carácter sectorial al objeto de conocer la habilitación que existe en las mismas y aplicar solo estas.

(8). *Proporcionalidad*: Dicho concepto jurídico debe ser apreciado por quien dicte el acto administrativo de aprobación de las medidas provisionales y que las mismas no afecten a derechos del presunto infractor y le cause daños de imposible o difícil reparación para el caso de resultar sancionado o absuelto de la infracción.

5. Tipología de las medidas provisionales.

Merece una mención expresa la tipología de medidas provisionales que se pueden adoptar en el seno de un procedimiento administrativo sancionador o previo al mismo.

La normativa general establece en el Reglamento del Procedimiento Sancionador una lista abierta y no exhaustiva de actuaciones a adoptar por los órganos administrativos como medidas provisionales.

Dado que la aplicación práctica de la misma vendrá de la mano de la normativa especial o sectorial, el repertorio siguiente corresponderá al derecho positivo especial.

Artículo 16

2. Las medidas de carácter provisional podrán consistir en **la suspensión temporal de actividades y la prestación de fianzas**, así como en **la retirada de productos o suspensión temporal de servicios** por razones de sanidad, higiene o seguridad, y en las **demás previstas en las correspondientes normas específicas**.

Como se observa se trata de un listado ejemplificativo y abierto, dejando en manos de la normativa especial su desarrollo para cada caso

Existen en la normativa sectorial una variedad de medidas provisionales adaptadas a las necesidades de cada sector normativo.

Traeremos a colación a esta sede los preceptos legales más relevantes en la materia.

A) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Artículo 61. Medidas cautelares.

1. Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares:

- a. Presentación periódica ante las autoridades competentes.
- b. Residencia obligatoria en determinado lugar.
- c. Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida.
- d. Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento.
En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas.
- e. Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento.
- f. Cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente.

2. En los expedientes sancionadores en la comisión de infracciones por transportistas, si éstos infringen la obligación de tomar a cargo al extranjero transportado ilegalmente, podrá acordarse la suspensión de sus actividades, la prestación de fianzas, avales, o la inmovilización del medio de transporte utilizado.

B) Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público

Artículo 98 Procedimiento disciplinario y medidas provisionales:

3. Cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores, se podrá adoptar mediante resolución motivada medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer.

La suspensión provisional como medida cautelar en la tramitación de un expediente disciplinario no podrá exceder de 6 meses, salvo en caso de paralización del procedimiento imputable al interesado. La suspensión provisional podrá acordarse también durante la tramitación de un procedimiento judicial, y se mantendrá por el tiempo a que se extienda la prisión provisional u otras medidas decretadas por el juez que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo. En este caso, si la suspensión provisional excediera de seis meses no supondrá pérdida del puesto de trabajo.

El funcionario suspenso provisional tendrá derecho a percibir durante la suspensión las retribuciones básicas y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo.

C) Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones

Artículo 56 Sanciones

g) Adoptar medidas provisionales de urgencia destinadas a remediar incumplimientos de las condiciones establecidas para la prestación de servicios o la explotación de redes o para el otorgamiento de derechos de uso o de las obligaciones específicas que se hubieran impuesto, cuando los mismos representen una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública o la salud pública o creen graves problemas económicos u operativos a otros suministradores o

usuarios del espectro radioeléctrico. Posteriormente deberá ofrecerse al operador interesado la posibilidad de proponer posibles soluciones. En su caso, la autoridad competente podrá confirmar las medidas provisionales, que serán válidas durante tres meses como máximo, prorrogables por otro periodo de hasta tres meses en caso de que no hayan concluido los procedimientos de ejecución.

D) Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes

Artículo 69 Medidas cautelares

La Administración competente, o sus agentes de la autoridad, podrán adoptar las medidas de carácter provisional que estimen necesarias, incluyendo el decomiso, para evitar la continuidad del daño ocasionado por la actividad presuntamente infractora.

Al inicio del procedimiento y de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso, la Administración competente deberá ratificar tales medidas. Asimismo, podrá imponer nuevas medidas cautelares para asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer

6. El procedimiento administrativo para la adopción de las medidas provisionales.

Los actos administrativos que dictan las medidas provisionales deben contener todas las cautelas señaladas hasta el momento y conforme dicta la normativa del procedimiento administrativo general, al que se añaden algunas especialidades que modifican o completan dicha normativa general.

Reflejaremos en esta sede algunas particularidades del procedimiento administrativo para la adopción de medidas provisionales en el seno del procedimiento sancionador o previo al mismo.

1. Se pueden dictar actos administrativos de medidas provisionales antes del inicio del procedimiento sancionador por causas de urgencia, que decaerán en el plazo de quince días en el caso de que no se inicie dicho procedimiento. Estas medidas se conocen comúnmente como medidas provisionálísimas o cautelarísimas. Para dictar estas medidas es necesario que las mismas estén previstas en una norma con rango de ley.

Artículo 72 de la Ley 30/1992

“Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes en los supuestos previstos expresamente por una norma de rango de Ley”

2. La adopción de las medidas de carácter provisional pueden ser dictadas por los órganos competentes para imponer la sanción correspondiente o por el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador.

Existen incluso preceptos legales que habilitan para adoptar medidas provisionales a los agentes de la autoridad de la administración o a las Fuerzas de Seguridad del Estado.

Artículo 69 de la Ley de Montes.

La Administración competente, o sus agentes de la autoridad, podrán adoptar las medidas de carácter provisional que estimen necesarias, incluyendo el decomiso, para evitar la continuidad del daño ocasionado por la actividad presuntamente infractora.

Artículo 83 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

2. Los Agentes de la Autoridad encargados de la vigilancia del tráfico como consecuencia de presuntas infracciones a lo dispuesto en esta Ley únicamente podrán adoptar la inmovilización del vehículo en los supuestos previstos en el artículo 84.

3. alguna de las medidas de carácter provisional que afecta a los derechos fundamentales de las personas deben ser ratificadas por la autoridad judicial competente; tales como las indicadas en la Ley 4/2000 de extranjería, las cuales afectan de modo implacable a derechos fundamentales del capítulo I de la Constitución. Aunque dicha regulación goza de la constitucionalidad reconocida por el órgano supremo, está a juicio del autor muy lejos de una aplicación plena de lo que debe ser un estado de derecho democrático tal y como preconiza la norma constitucional.

7. Régimen de recursos administrativos y revisión de actos nulos y viciados

Corresponde este apartado tratar el régimen de recursos y revisión de los actos administrativos que contengan vicios formales o materiales que sea necesario depurar al objeto que no vulneren los derechos de los ciudadanos afectados o el interés general que las administraciones públicas deben preservar.

Ninguna de las normas estudiadas hasta el momento excepto la normativa del procedimiento administrativo común establece precepto expreso alguno sobre el régimen de recursos aplicable a los procedimientos administrativos de adopción de medidas provisionales.

Por lo indicado anteriormente para conocer el régimen de recursos acudimos a lo dispuesto en capítulo II del título VII de la Ley 30/1992 de RJAPPAC en materia de los recursos administrativos y lo contenido en el capítulo I de dicho título para la revisión de dichos actos.

También existe la vía de la jurisdicción contencioso-administrativa para combatir el contenido de los actos administrativos que adopten medidas provisionales de naturaleza administrativa.

7.1 - Naturaleza de la resolución de adopción de medidas provisionales:

Existen ocasiones donde por la forma de exteriorización de la medida provisional se ha entendido que los acuerdos o resoluciones que las materializan son actos de trámite, ya que suele ocurrir que en la imposición de medidas no urgentes, las mismas se plasman en las mismas providencias de apertura del expediente sancionador, nombramiento de Instructor y Secretario e incluso en los Pliegos de Cargos.

Nada más lejos de la realidad. La adopción de medidas provisionales es un acto que pone fin a la vía administrativa y que afecta directamente a los ciudadanos que son objeto de su imposición.

Por lo cual sea la forma de exteriorización o tramite que se emane y comunique al ciudadano es susceptible de los recursos administrativos pertinentes al ser un acto que según quien lo emita puede poner fin a la vía administrativa.

Resulta muy ilustrativa el contenido de la sentencia compliada en la parte general de esta trabajo con el numero 8.

“El TS establece la doctrina de actos distintos aunque estén dictados en una misma resolución, ya que el acto de detención si pone fin a la vía administrativa y no permitir su impugnación constituye sin lugar a duda una violación flagrante de derechos fundamentales.”

7.2 - Los recursos administrativos.

No existe recurso especial alguno distinto a los recursos de alzada, reposición y extraordinario de revisión.

- a) Recurso de Alzada. Este recurso disciplinado en el artículo 114 de la Ley 30/1992 de RJAPPAC será procedente cuando el órgano quien dicta la resolución de la medida provisional tiene superior jerárquico, debiendo resolver el recurso el órgano superior jerárquico del que dictó la resolución y la misma no pone fin a la vía administrativa.

Este recurso parece pertinente para las situaciones en que las medidas provisionales son dictadas por funcionarios que ni ostentan delegación de competencias expresas y son titulares de una habilitación legal para este fin.

- b) Recurso potestativo de reposición. Este es el recurso ordinario mas utilizado ya que en la mayoría de las administraciones públicas son los órganos superiores los que se reservan la competencia de dictar los actos administrativos que ponen fin a la vía administrativa.
- c) Recurso Extraordinario de Revisión. Este procedimiento de revisión no resulta útil para invocar la eliminación de una medida provisional, ya que su articulación procede en casos tasados por la ley que en poco se compadecen con la naturaleza de urgencia de las medidas provisionales.

7.3 - Revisión de los actos en vía administrativa.

En ocasiones por los vicios que las resoluciones pueden contener de nulidad o anulabilidad puede resultar procedente para los ciudadanos y para la propia administración utilizar la vía de estos instrumentos jurídicos para revisar y confirmar o anular los actos de adopción de las medidas provisionales.

Estos procedimientos vienen recogidos en los artículos 102 a 106 de la Ley 30/1992 de RJAPPAC.

- a) Revisión de oficio de los actos nulos. En este caso la administración de oficio o a instancia de parte puede realizar la revisión administrativa de las resoluciones dictadas para la adopción de medidas provisionales que estén viciadas de nulidad por incurrir en alguno de los supuestos del artículo 62 del mismo cuerpo legal.
- b) Revocación de los actos. Pueden la administración revocar los actos de adopción de las medidas provisionales por resultar estos de gravamen a los ciudadanos que se les hayan impuesto.

Dado que en muchos casos resulta potestativo para los titulares de la competencia la adopción de las medidas provisionales, se podría recurrir a la revocación de estas medidas provisionales al no constituir dispensa o exención no permitidas por las leyes.

Todo lo comentado no es óbice para reconocer que estos procedimientos son prácticamente inútiles ya que la urgencia y provisionalidad con que se dictan las medidas y su duración se concilian mal con la duración y complicación de estos procedimientos y sobre todo la resistencia de las administraciones a su utilización.

7.4 - La revisión por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Dado que estamos tratando de actos administrativos es la jurisdicción contencioso-administrativa la que tiene la última palabra sobre la adecuación al derecho de los acuerdos o resoluciones de la adopción de las medidas provisionales en todos los ámbitos administrativos.

Efectivamente, los Juzgados y Tribunales de lo Contencioso tienen la finalidad de revisar que el actuar de la administración sea compatible con el ordenamiento jurídico aplicable, anulando los acuerdos y resoluciones que no se ajusten al ordenamiento jurídico y a los principios a los que la administración está sometida en su actuación.

Tal y como indicábamos anteriormente la adopción de las medidas provisionales tienen su propia naturaleza y que se separa de los demás actos que hayan podido dictarse en unidad de acto.

La ley 29/1998 de 13 de julio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece dos procedimientos generales para el enjuiciamiento y posterior anulación de los actos administrativos que adoptan medidas provisionales y un procedimiento valga la redundancia de medidas cautelares en el que por sus plazos de resolución puede instarse a la suspensión de las medidas provisionales adoptadas por las causas que establece el artículo 72 de la Ley 30/1992 de RJAPPAC u otras que se invoquen.

- a) Procedimientos ordinarios, abreviados o especiales. En estos procedimientos regulados en el capítulo IV de la ley, lo que se insta es la revisión de la resolución de adopción de las medidas provisionales para que la misma sea anulada por los vicios o ilegalidad que adolezcan.
- b) Pero el procedimiento adecuado para instar la revisión eventual de las medidas provisionales y obtener el pronunciamiento judicial de suspensión de las medidas dictadas por la administración es el descrito en los artículos 129 y ss que en dos procesos distintos según la urgencia que el recurrente argumente puede llegar a suspender la resolución administrativa.

1. El artículo 129 a 134 establece la posibilidad de la adopción de las medidas cautelares por parte del Juez previa audiencia a las partes en un plazo que no puede exceder de 15 días.
2. El artículo 135 establece un procedimiento de urgencia y que se realizara inaudita parte a resolver mediante auto de manera inmediata, convocando a la administración autora de la medida provisional en el plazo de tres días para celebrar una comparecencia entre las partes y ratificar o modificar lo dispuesto en el auto de urgencia.

Los procedimientos de medidas provisionales aquí descritos no eximen de interponer el correspondiente recurso ordinario, abreviado o especial al objeto de finalizar mediante sentencia que declare o no conforme a derecho la resolución administrativa discutida.

Este mecanismo se ha convertido en mas potente y el mas utilizado por los ciudadanos para la revisión de los acuerdos o resoluciones de adopción de las medidas provisionales emanados por las administraciones públicas, ya que separa la decisión de su adecuación a derecho de los autores de los actos administrativos que son al fin y al cabo quien reciben los recursos administrativos ordinarios.

Por desgracia y por acción de la Ley de Tasas Judiciales resulta cada vez más costoso invocar la justicia ante los tribunales, ya que cada procedimiento contencioso tiene un coste previo de tasas que beneficia a las administraciones publicas en detrimento de los particulares, los cuales deben abonar estas cantidades para invocar la justicia, mientras los titulares de las administraciones publicas disparan con pólvora del rey.

Existen abundantes ejemplos en la compilación jurisprudencial del presente trabajo.

8. Consecuencias jurídicas sobre la vulneración de las medidas provisionales

Se ha podido observar en el estudio de esta institución jurídica que el incumplimiento de las medidas provisionales adoptadas por las administraciones públicas tienen en ocasiones la reacción del ordenamiento jurídico mediante sanciones pecuniarias o penales por su incumplimiento y el mecanismo de la ejecución forzosa de las medidas ordenadas.

A sensu contrario se ha observado que la aplicación de las medidas que no se ajuste al ordenamiento jurídico ha dado lugar a la responsabilidad patrimonial de la administración por los daños causados a los ciudadanos, en este caso en menos ocasiones por ser los presupuestos mas complejos.

El esquema a utilizar para el conocimiento de lo indicado es el siguiente:

- 1.- La ejecución forzosa de los actos administrativos de las medidas provisionales.
- 2.- Infracciones administrativas por incumplimiento de las medidas provisionales.
- 3.- El ordenamiento penal aplicable.
- 4.- La responsabilidad patrimonial de la administración por medidas provisionales dañosas.

8.1 - La ejecución forzosa de los actos administrativos de las medidas provisionales.

Las resoluciones que se dictan adoptando medidas provisionales tal y como se viene estudiando en este trabajo tienen una sustantividad propia y son separables del resto del contenido que se puedan adoptar en las mismas resoluciones o acuerdos.

Como bien es conocido la Ley 30/1992 de RJAPPAC establece en los artículos 93 y ss. la ejecutoriedad de los actos administrativos para que causen los efectos que en los mismos vienen dispuestos sin necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria para su ejecución. Es la institución jurídica conocida como autotutela.

La ejecución de los actos administrativos contenida en el artículo 94 del citado cuerpo legal conlleva su ejecución automática, salvo las excepciones en él previstas y la propia realización de lo dispuesto en las resoluciones debe realizarse de modo voluntario y automático por el destinatario de sus efectos.

De no ocurrir así la administración “podrá” tal y como previene el artículo 95 proceder a la ejecución forzosa de lo contenido en la resolución mediante los procedimientos que se habilitan en los artículos 96 a 100.

Como bien se indica en el párrafo anterior está en la discrecionalidad del titular de la competencia que dicto el acto el acudir a estos procedimientos o no, previo apercibimiento de carácter obligatorio a sus destinatarios de que en caso de incumplimiento de lo ordenado, se relazará por la administración mediante los procedimientos que se habilitan en los preceptos antes indicados.

Dado que no es en esta sede objeto el estudio de la institución de la ejecución forzosa, no se profundiza en sus procedimientos administrativos, por lo que solo procederemos indicar en esta sede a enumeración de los mismos y unas someras pinceladas:

- a) Apremio sobre el patrimonio.
- b) Ejecución subsidiaria.
- c) Compulsión sobre personas.
- d) Multa coercitiva.

Hay que tener en cuenta las cautelas que en defensa de los derechos de los destinatarios establecen los preceptos reguladores, como que la prelación en la elección de los procedimientos deberá elegirse el que menos restrinja a las libertades individuales y sobre todo la ponderación del principio de proporcionalidad entre los objetivos a cumplir con los medios a emplear y los derechos afectados.

En último término es preciso aclarar que no es preciso que el acto administrativo a ejecutar de manera forzosa sea firme, o lo que es lo mismo, pueda ser recurrido administrativamente. Hay que aclarar que firmeza y ejecutividad son atribuciones distintas y que ambas son compatibles, sin perjuicio de la suspensión de los actos administrativos que también recoge la ley.

8.2 - Infracciones administrativas por incumplimiento de las medidas provisionales.

Algunas leyes han hecho que el incumplimiento de las medidas provisionales dispuestas en los procedimientos administrativos sancionadores y fuera de los mismos sea considerado infracción administrativa.

Esta labor punitiva no resulta incompatible con la institución jurídica analizada en el párrafo anterior; sino que es un complemento al incumplimiento voluntario de las medidas provisionales dictadas; utilizando la represión mediante sanciones pecuniarias.

Como se puede observar la naturaleza de la adopción de las medidas provisionales tiene en primer término carácter de ejecución voluntaria para sus destinatarios, en aras sobre todo a dar cumplimiento a los principios de que la

administración debe observar en su actuación y que son entre otros la intensidad, proporcionalidad, previsión y necesidad.

Destacaremos en esta sede que recorre el derecho especial algunas infracciones de las normas ya analizadas en cuanto a sus habilitaciones y procedimientos.

*El incumplimiento del requerimiento acordado por la Administración para la suspensión de la ejecución del proyecto. **Artículo 53 de la Ley 21/2013 de Evaluación Ambiental***

*Tendrán, asimismo, la consideración de muy graves cualesquiera acciones u omisiones que provoquen pérdida de la calidad del suelo cuya recuperación exceda de diez años y, en especial, las siguientes: **a) El incumplimiento de las medidas cautelares obligatorias destinadas a la conservación de los montes. Artículo 90 de la Ley 3/2004 de Montes y Ordenación Forestal del Principado de Asturias.***

Sirvan como ejemplo los preceptos legales transcritos para conocer la labor represora que la normativa administrativa ha dispuesto ante el incumplimiento de las medidas provisionales por ellas dictadas.

Merece la pena llamar la atención sobre el texto contenido en el artículo 90 de la Ley de Montes del Principado, en que para que se completen los elementos del tipo sancionador, no solo es necesario que haya una vulneración de las medidas provisionales expresas, sino que además es preciso que haya una pérdida de la calidad del suelo y que su reparación exceda de diez años.

Como ejemplo de la aplicación de este artículo se transcriben algunos fundamentos jurídicos de la siguiente sentencia:

**Tribunal Superior de Justicia de Asturias, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª)
Sentencia num. 439/2013 de 29 abril
MONTES: Infracción muy grave. Incumplimiento de medidas provisionales obligatorias destinadas a la conservación del monte.**

FJ QUINTO

La siguiente alegación de la recurrente, es la inadecuada tipificación de la sanción administrativa.

El artículo 90.2.a) de la Ley 3/2004, establece como infracción muy grave el incumplimiento de las medidas cautelares obligatorias destinadas a la conservación de los montes.

Pues bien, si ya hemos declarado que los daños, como consecuencia de haberse desoído la medida cautelar, son irreversibles, la consecuencia es que los hechos denunciados son típicos al ser perfectamente subsumibles en el art. 90.2.a) de la Ley 3/2004, que los califica como infracción muy grave, y correctamente graduada al haberse tenido en cuenta, de conformidad con lo dispuesto en el art. 94.3 de la meritada Ley, el grado de intencionalidad, pues el incumplimiento de la medida cautelar se ha producido de forma continuada durante más de un año, de forma reiterada, deduciéndose de las actas de 23 de julio y 4 de diciembre, que la recurrente era plenamente consciente de su obligación de paralizar la actividad; el lucro obtenido se infiere de la propia envergadura de la empresa, sucesora de otra dominante en el sector, así como de su volumen de negocio, y, en fin, el daño al dominio público está probado al existir informe técnico que lo califica de irreversible.

8.3 - El ordenamiento penal aplicable.

También el ordenamiento penal se ha ocupado de una forma general del incumplimiento de las medidas provisionales adoptadas por las administraciones públicas.

Estos incumplimientos deben ser subsumidos en lo dispuesto en los siguientes preceptos del Código Penal.

Artículo 556

Los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

Artículo 634

Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren levemente, cuando ejerzan sus funciones, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días.

Como se puede observar el artículo 556 tiene la consideración de delito penal y el 634 al estar en el libro III tiene la consideración de falta penal, aunque por la acción de la reforma del Código Penal en ciernes a la fecha de la finalización del presente trabajo, se puede augurar la desaparición de este y los demás precepto que forman el libro tercero del cuerpo penal, para pasar a formar parte del acerbo administrativo en forma de infracción.

La redacción de ambos artículos al igual que casi todo el ordenamiento penal esta caracterizado por la alta abstracción de las conductas descritas y la generalidad de los supuestos a las cuales pueden ser aplicables.

También los distintos elementos de los tipos descritos tienen una reserva amplia al criterio de valoración, al utilizar los términos “levemente”, “gravemente” que son las líneas que separan en este caso el delito de la falta.

La abstracción y generalidad llevan a que estos preceptos puedan ser utilizados para los casos de desobediencia a las resoluciones, acuerdos y demás actos de esta naturaleza cuando se desarrollen sus funciones.

Para que se completen los elementos del tipo y puedan ser sancionados penalmente es preciso que:

1.- Exista una conducta de desobediencia, es decir, que debe haber una orden o medida previa expresa y que la misma sea vulnerada por el destinatario de la misma.

2.- Que el alcance de la desobediencia sea leve o grave. Este concepto jurídico indeterminado debe ser individualizado, apreciado y concretado por la

autoridad judicial que enjuicie el supuesto, aunque se materializa mediante la valoración de una actitud de oposición tenaz, contumaz y rebelde.

3.- Que la autoridad o sus agentes estén en el ejercicio de las funciones, es decir, que a quien se desobedezca sea el órgano competente u ostente la competencia delegada o incluso la habilitación legal, reglamentaria o administrativa para ejercer esta función.

4.-Debidamente comunicado, puesto en conocimiento de los destinatarios.

Conforme la doctrina del TS señalada entre otras en jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2010 , números 285/2007; 394/2007

De no concurrir todos y cada uno de estos elementos la conducta será impune.

Hay que recordar también que la naturaleza del ordenamiento penal establece la “ultima ratio” de la aplicación de dicho ordenamiento, quedando reservado a las conductas más graves que se pueden producir y a la protección de los bienes jurídicos dignos de mas protección.

Para ilustrar más claramente el contenido de estos delitos trasladaremos a estas páginas los fundamentos de hecho y derecho de una sentencia que examina el precepto de desobediencia.

Juzgado de lo Penal
Caso Absuelven de desobediencia al propietario de empresa de paseos a camello de Arrecife
(Provincia de Las Palmas) Caso Absuelven de desobediencia al propietario de empresa de paseos
a camello . Sentencia de 3 septiembre 2013

DESOBEDIENCIA GRAVE A LA AUTORIDAD: inexistencia: acusado de haber desobedecido un precinto del Ayuntamiento que le impedía realizar la actividad de paseos a camello: acuerdos municipales arbitrarios e ilegítimos por acreditarse las relaciones de parentesco que la alcaldesa tenía con los camelleros de la competencia.

HP UNICO: [...] intento frustrado del Sr. Sr. H. C. de obtener de una vez por todas la preceptiva licencia por parte de la administración competente, el Ayuntamiento de Yaiza, vuelve a dictar Decreto de fecha 29 de diciembre de 2009 por el que se reiteraba nuevamente la orden de cese de la actividad, que recurrido por el acusado ante lo Contencioso-Administrativo, dio lugar al Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Las Palmas de fecha 5 de mayo de 2010 que resolvió desestimar la pretensión del acusado de suspender cautelarmente la orden de cese acordada en virtud del mencionado Acuerdo de 29 de diciembre de 2009 , tras lo que se sucedieron otros requerimientos de cese de la actividad, como son el Decreto de cese de fecha 4 de febrero de 2010 o la orden de cese de fecha 24 de junio y de 3 de agosto de 2010 .

En fecha 3 de agosto de 2010 se acordó por parte del Ayuntamiento de Yaiza, la colocación de precintos en la zona de la referida actividad que se hizo efectivo en fecha 17 de agosto de 2010 , y, en virtud de Sentencia de fecha 27 de diciembre de 2011 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Las Palmas desestimó el recurso interpuesto por el acusado, confirmando la necesidad de autorización municipal para el desempeño de la actividad, tal y como ya señaló en su día la Sentencia mencionada de fecha 5 de diciembre de 2008, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

La Ley 14/2009, de 30 de diciembre (LCAN 2010, 8, 223) , por la que se modifica la Ley 7/1995, de 6 de abril (LCAN 1995, 123) , de Ordenación del Turismo de Canarias , y que entró en vigor al día siguiente de su publicación, el 6 de enero de 2010 ,exime de la necesidad de autorización a las actividades turísticas (DA 1ª de la Ley) y acuerda el archivo de los procedimientos de autorización referidos en la disposición adicional primera, que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta ley (Disposición transitoria única Procedimientos en tramitación).

Con base en esta nueva regulación, la actividad de paseos a camello ejercida por la entidad del acusado fue admitida por la Viceconsejería de Turismo del Gobierno de Canarias accediendo al Registro General Turístico la indicada actividad, el 24 de febrero de 2012, sin que por el Ayuntamiento se haya procedido aún al archivo del expediente disciplinario por la supuesta falta de autorización, ni a la caducidad del precinto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FJ 1º [...] Así, el delito de desobediencia exige según reiterada jurisprudencia, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1º) Que se trate de un mandato o de una orden procedente de la autoridad o de sus agentes y emitida dentro del marco de sus competencias o atribuciones legales, orden legítima;
- 2º) Que la orden sea expresa, terminante y clara, y que se haga conocer a su destinatario por medio de un requerimiento formal, personal y directo
- 3º) Que el requerido no cumpla la orden, colocándose ante ella en actitud de rebeldía o manifiesta oposición.

Esta legalización no tendría que haber supuesto ningún problema y se tenía que haber otorgado de inmediato la licencia solicitada, pero en lugar de ello, el acusado se ha visto envuelto en un **maremágnun administrativo burocrático incomprensible y angustioso** que ha debido soportar como administrado.

FJ 2º [...] El Ayuntamiento deniega efectos a un acto presunto por silencio administrativo cuando ello no es posible por el propio tenor del art. 43.3º apartado a) (**que obliga a que la resolución expresa posterior al acto estimatorio por silencio administrativo sea confirmatorio**), aplicando de FORMA INCORRECTA a un supuesto de hecho no contemplado, una regulación legal que NO ERA APLICABLE al caso.

Es decir, que dicho Acuerdo del Ayuntamiento de 2 de septiembre de 2009, con respecto a la **necesidad de licencia de actividades clasificadas, vuelve a ser INJUSTO, ARBITRARIO Y NO LEGÍTIMO**

FJ 3º. [...] **El dolo de desobedecer** implica que frente al mandato persistente y reiterado se alza el obligado a acatarlo y cumplirlo en una oposición tenaz, contumaz y rebelde, obstinada y recalcitrante. Se colma la tipicidad de la desobediencia cuando se adopta una reiterada y evidente pasividad a los largo del tiempo y no se da cumplimiento al mandato

[...] En el juicio que duró varias horas (y que parecía más en cuanto al fondo, un juicio contencioso administrativo), fue evidente para esta Juzgadora que la Administración municipal, **no tuvo otro interés que el de perjudicar al Sr. H. para que éste no pudiera desarrollar su actividad de paseo de camellos** (los paseos a caballo no les afectaba en cambio), al considerar que **los camelleros del Timanfaya tenían que tener el monopolio sobre esta actividad en la isla de Lanzarote**

[...] No hay palabras para definir semejante atropello contra los derechos de un ciudadano honrado, y la **hipocresía del consistorio** se hace patente cuando como se ha especificado en los hechos probados,

FALLO

Que **debo absolver y absuelvo a V. H. C.** por el delito de DESOBEDIENCIA GRAVE, por el que venía siendo acusado

8.4 - La responsabilidad patrimonial de la administración por medidas provisionales dañosas.

El medio que los ciudadanos tienen de exigir responsabilidades a las administraciones públicas por actos que hayan resultado dañosos para sus intereses y no tengan obligación de soportar es la vía de la responsabilidad patrimonial que contempla los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 de RJAPPAC y que disciplina su procedimiento el Real Decreto 42/1993 que aprueba el Reglamento del Procedimiento de Responsabilidad Patrimonial.

No es el único procedimiento en el cual se pueden solicitar responsabilidades patrimoniales a la administración y a sus autoridades y agentes, ya que de los ilícitos penales contenidos en Código Penal, en especial los del Título XIX, se pueden desprender responsabilidades civiles de dichas personas por las resoluciones que dictaran y por las cuales resulten condenadas (prevaricación, malversación, tráfico de influencias...)

No vamos a ahondar en estos procesos penales por entender que quedan extramuros de las pretensiones del presente trabajo, ya que se trata de materias demasiado abstractas para relacionarlas con los procedimientos de las medidas provisionales de manera concreta.

Para saber de la legalidad y el ajuste de los actos administrativos que adoptan en particular de las medidas provisionales en un procedimiento sancionador, debemos glosar una vez más los preceptos del derecho positivo.

El primer límite que establece la normativa general viene dispuesto en el artículo 72 de la Ley 30/1992:

3. No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

No podemos encontrar en el derecho positivo mas limitaciones para la adopción de las medidas provisionales.

Por otro lado resultaría tedioso volver a recordar en este apartado los vicios administrativos que la jurisprudencia ha identificado como no ajustados al ordenamiento jurídico y que remitimos al compendio de sentencias que contiene este trabajo.

Para identificar las actuaciones administrativas que pueden dar lugar a la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por la adopción de medidas provisionales vamos a reproducir varios fundamentos jurídicos de una sentencia relacionada.

**Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo,
Sección 4ª, Sentencia de 17 Oct. 2012, rec. 337/2010**

FJ TERCERO. En el resto, los apelantes insisten en sus argumentos de fondo sobre la procedencia de la responsabilidad patrimonial reclamada, argumentos que encuentran su sentido a la vista de las circunstancias que los precedieron, iniciadas con el acuerdo de 20 de mayo de 1995, del Consejo Regulador apelado, que acordó la apertura de los citados expedientes disciplinarios contra los apelantes,

El inicio de tales procedimientos vino acompañado de la adopción de las señaladas medidas provisionales, que aparecían sustentadas en lo establecido por el apartado 2 de aquel mismo artículo 35 del citado Reglamento de las Denominaciones de Origen, y que consistían en la denegación, "...hasta tanto presentasen las citadas declaraciones...", de "...la expedición de certificados de origen, precintas, sellado de facturas, pases de bodega a bodega y cuanta documentación fuese de la competencia del Consejo...".

FJ CUARTO: Para el concreto caso de nulidad de actuaciones administrativas, que ahora se trata, la responsabilidad de la

Administración encuentra su encaje en el artículo 102.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, precepto que contempla el posible establecimiento, en la misma declaración de nulidad de una disposición o acto, de las indemnizaciones procedentes, y fundamentalmente, en el artículo 142.4 de la misma Ley, a cuyo tenor "...la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberseditado la sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5...".

La problemática que plantea el reconocimiento en estos casos de la responsabilidad patrimonial de la Administración se centra en aquel elemento de la antijuridicidad del daño y en la consiguiente determinación de los supuesto en los que sobre el perjudicado pesa el deber de soportar el daño causado.

Como afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de febrero de 2012 (casación 6864/2010), la anulación de resoluciones administrativas "...puede generar derecho a indemnización en aquellos casos en que la anulación produjo unos perjuicios individualizados y evaluables económicamente que el ciudadano no viene obligado a soportar, no siendo, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, pues, en tal caso, desaparecería la antijuridicidad de la lesión.

Es decir, el examen de la antijuridicidad no debe hacerse desde la perspectiva del juicio de legalidad del acto que fue anulado, cuya antijuridicidad resulta patente por haber sido así declarada por el Tribunal correspondiente, sino desde la perspectiva de sus consecuencias lesivas en relación con el sujeto que reclama la responsabilidad patrimonial, en cuyo caso, ha de estarse a la inexistencia de un deber jurídico de soportar dichas consecuencias lesivas...".

De acuerdo con la tesis sostenida por el Alto Tribunal esta antijuridicidad del daño debe medirse no ya por la ilegalidad del acto, sino por su razonabilidad. La Sentencia de 17 de abril de 2012 (casación 2934/2010) desarrolla este punto por referencia a otras anteriores, como la de 24 de enero de 2006, que se centra en el examen de la actuación administrativa causante de los daños, y que establece que si la Administración ha actuado dentro de los márgenes razonados y razonables exigibles, no cabe la calificación de lesión antijurídica.

Dice el Tribunal Supremo en dicha sentencia que "...la Administración al adoptar la resolución de deslinde anulada, integrando el concepto jurídico indeterminado señalado, se ha mantenido dentro de los márgenes razonados y razonables que exige la jurisprudencia para entender que desaparece el carácter antijurídico del daño o lesión, faltando así ese requisito exigido para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial...". Se mencionan también las Sentencias de fechas 9 de julio de 2008 se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión.

En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial ocasionado al administrado constituye una lesión antijurídica, ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros

de racionalidad exigibles. Esto es, si pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se la ha atribuido la potestad que ejercita.

Resulta difícil ser más claro en los requisitos necesarios para que una la adopción de una medida provisional en un expediente sancionador genere derecho a indemnización por responsabilidad patrimonial.

Además de la adecuada motivación de la medida es necesario que la misma motivación sea irrazonable. Esto trae consecuencia de que una medida provisional no motivada puede ser anulada y si la misma es irrazonable puede generar una lesión que el afectado no tiene obligación de soportar y a la vez un funcionamiento anormal de la administración pública, que son los parámetros básicos de la responsabilidad patrimonial.

La apreciación del contenido de estos conceptos jurídicos indeterminados (irrazonabilidad) corresponde a los órganos administrativos autores de los acuerdos o resoluciones, quedando la última palabra a los Juzgados y Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

9. Jurisprudencia sobre las medidas provisionales de la justicia contencioso-administrativa.

Tal y como se indica en el presente trabajo vamos a proceder a señalar el resultado del análisis jurisprudencial que sobre la institución jurídica de las medidas provisionales en los procedimientos sancionadores han dictado los distintos órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo.

Para ello indicaremos los pronunciamientos judiciales contenidos en los fundamentos jurídicos que son interesantes para delimitar el alcance de la institución jurídica mediante la interpretación judicial.

El método elegido para la redacción de este apartado consiste en el resumen de las sentencias comenzando por el título de las mismas, continuando por la descripción sucinta de su contenido y finalizando con los pronunciamientos más importantes contenidos en los fundamentos jurídicos.

Se incorporarán las sentencias de los órganos jurisdiccionales superiores en primer lugar y los de los inferiores en último; prevaleciendo las fechas de pronunciamiento más recientes a las más antiguas en los últimos puestos.

Con lo indicado se plasman las siguientes sentencias.

1 Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 20 Mar. 2012, rec. 1501/2008.

Ilegalidad de la clausura cautelar de las instalaciones de una empresa adoptada sin oír la y meses después de haberse incoado el expediente sancionador

Descripción:

El Tribunal Supremo anula el acuerdo de adopción de medidas provisionales que consisten en el cierre de instalaciones de una chatarrería justificando la misma en la realización de daños al medio ambiente. La sentencia anula dicha medida provisional por realizarse sin realizar el correspondiente trámite de audiencia. Se indica en su fundamento jurídico que la adopción de medidas provisionales «inaudita parte» además de ser motivadas, deben ser adoptadas en situaciones de urgencia; extremo que no pudo acreditar la administración autora del acto.

Además declara en la sentencia que las medidas de carácter provisional obedecerán al principio de proporcionalidad al objeto de afectar lo menos posible a los afectados por la medida provisional. Establece que el acto administrativo vulneró el principio de proporcionalidad que debe informar este tipo de actos al no justificar que la medida adoptada es la de menor gravedad para los afectados.

FJ SEGUNDO: Rechazados los obstáculos procesales, y entrando en el fondo del primer motivo casacional alegado por la parte recurrente, hemos de estimarlo, pues, ciertamente, la adopción de la

medida provisional de clausura total de las instalaciones dejó a la recurrente en situación de indefensión, al acordarse "inaudita parte" sin justificación suficiente [...]

Consignientemente la adopción de la medida provisional inaudita parte requiere una específica motivación que exteriorice no sólo la procedencia de la medida y su justificación desde la perspectiva de salvaguardia del interés general y la protección de los bienes jurídicos concernidos, sino también la necesidad de prescindir del trámite de audiencia por existir una situación de inaplazable urgencia, esto es, de emergencia, que exige la adopción inmediata e inaplazable de la medida provisional, pues, si no existe esa situación de emergencia, lo procedente es oír a la parte afectada antes de acordar una medida provisional que al fin y al cabo repercutirá desfavorablemente sobre su esfera de intereses personales y patrimoniales. En una materia como la sancionadora, en la que tan importante resulta salvaguardar las garantías inherentes al derecho de defensa, la posibilidad de eludir ese trámite de audiencia previa debe ser valorada y aplicada, pues, de forma restrictiva y rigurosamente justificada.

En este caso, sin embargo, es la propia cadencia o sucesión de hechos acaecidos en el curso del expediente sancionador la que pone de manifiesto la improcedencia de la medida provisional acordada inaudita parte por la Administración recurrida en casación.

FJ TERCERO: [...] Por lo demás, aun admitiendo dialécticamente que la actuación de la empresa pudiera comportar daños medioambientales que exigieran la adopción de medidas provisionales, no se ha justificado en modo alguno la insuficiencia o inadecuación de las demás medidas menos lesivas que la misma legislación autonómica aplicable contempla; por lo que sólo cabe concluir que el cierre total de las instalaciones, adoptado por la Administración resultó desproporcionado, pareciendo más bien que respondió a finalidades de orden eminentemente punitivo y no preventivo, como correspondía para asegurar la eficacia de la resolución sancionadora que pudiese recaer.

2. Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 12 Mar. 2012, rec. 1070/2008.

Illegalidad de clausura provisional de emisora de telecomunicaciones por falta de motivación necesaria.

Descripción:

El Tribunal Supremo casa la sentencia del TSJ de Cataluña que anulaba una medida provisional consistente en el cierre de una emisora de telecomunicaciones por carecer de la motivación necesaria. El TS establece en esta sentencia que no entiende causado a la empresa indefensión alguna ni falta de motivación ya que la misma se ha adoptado en el seno de un procedimiento sancionador y es doctrina reiterada de este órgano judicial entender motivadas el invocar el interés público para el cese de la actividad supuestamente ilegal.

FJ CUARTO: [...] La razón que explica esos distintos pronunciamientos es sencilla: depende de si la medida de cese de las emisiones y precinto de las instalaciones se adoptó o no dentro de un procedimiento sancionador. Cuando se ha tomado en su seno, hemos confirmado la legalidad del proceder de la Administración sin advertir defectos de motivación en las Resoluciones de contenido semejante al de las que son objeto de este proceso. Y esto es lo que debemos hacer ahora.

[...] En este contexto, la resolución de 10 de octubre de 2007 objeto del recurso contencioso-administrativo, deja constancia de que la información obrante en la Dirección General de Comunicación y Servicios de Difusión Audiovisual pone de manifiesto que la actora podía estar incumpliendo las normas vigentes sobre la habilitación legal para emitir televisión. Después, tras invocar los preceptos legales aplicables, dice que el interés público aconseja la adopción de la medida provisional de cese de la actividad de emisiones televisivas a través del canal 42 de UHF, recuerda las sentencias de este Tribunal Supremo que confirman la facultad de la Administración para tomar medidas de precinto de equipos técnicos en caso de que una actividad sujeta a autorización administrativa se lleve a cabo sin haberla obtenido. Asimismo, en la parte resolutive, nuevamente invoca el artículo 25.1 de la Ley 31/1987 . La resolución de 11 de octubre de 2007 también recurrida se refiere a la anterior que acompaña.

Pues bien, considerado todo lo anterior no parece que falte la motivación imprescindible pues la existente no es sólo formal, sino también material y, desde luego, ninguna indefensión se le ha causado a Universal

Marketing 2005, S.L. ya que en todo momento ha conocido cuáles eran las razones que guiaban a la Generalidad de Cataluña

3. Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 28 Feb. 2012, rec. 4396/2010.

Improcedencia de responsabilidad patrimonial por adopción de medida provisional de cierre de establecimiento por sobreseimiento del expediente sancionador.

Descripción:

El Tribunal Supremo casa una Sentencia del TSJ de La Rioja que obligaba a la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja a indemnizar al titular de una Residencia de Ancianos por los daños causados debido a una medida provisional de cierre ya que después de los procedimientos sancionadores y penales no se ha podido acreditar la comisión de una infracción o delito.

Establece el TS que las medidas provisionales siempre que concurren todos los presupuestos legales para su establecimiento no existe antijuricidad en las mismas y deben ser soportadas por los particulares tal y como establece el ordenamiento jurídico. Por lo cual faltan los presupuestos necesarios para establecer la responsabilidad patrimonial de la administración autora del acto administrativo que dictó la medida de cierre.

FJ SEGUNDO: [...] Se desprende de todo ello la juridicidad de la medida cautelar adoptada en el presente caso en el seno del procedimiento sancionador, -por más que finalmente se sobreseyeran tanto las diligencias penales como el expediente administrativo sancionador-, porque tal medida cautelar de cierre temporal del Centro de Día, además de disponer de amparo legal y reglamentario, se ajustaba a la intensidad, proporcionalidad y necesidad de los objetivos que se pretendían garantizar, ante la necesidad inmediata de proteger los derechos fundamentales de los usuarios del Centro, ante la posible existencia de presuntos malos tratos y trato degradante por parte de la directora de aquél y titular de la empresa.

FJ TERCERO: [...] La medida cautelar que la Comunidad impuso se adoptó en el seno de un procedimiento sancionador y a la vista de unas circunstancias que lo exigían, por un criterio de proporcionalidad derivado de las graves denuncias. No hay antijuricidad en la actuación de la Administración.

[...] El motivo se estima. Si efectivamente y como declaró la sentencia recurrida la medida cautelar era adecuada dadas las circunstancias concurrentes en el supuesto, en el que se habían denunciado graves conductas que afectaban a personas acogidas a un centro bajo cuyo cuidado y custodia se encontraban y, por ende, el cierre proporcional a la gravedad de los hechos denunciados, ya que no solo podía tratarse de conductas que dieran lugar a infracciones administrativas sino incluso penales, y que, además, se imputaban a quien ostentaba la titularidad y la dirección del centro, hay que concluir que aún cuando finalmente se archivase las diligencias penales y se levantase la medida cautelar el daño sufrido por la recurrente no era antijurídico, y, por tanto, aquélla estaba obligada a soportarlo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 30/1.992 que exonera a la Administración de indemnizar las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley

**4. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 9ª,
Sentencia de 13 May. 2011, rec. 526/2010
Anulación de medida provisional de suspensión a funcionario por falta de proporcionalidad y
razonabilidad**

Descripción:

El TSJ de Madrid desestima el recurso de apelación interpuesto el Sr. Rector de la Universidad ante la Sentencia del Juzgado de la Contencioso-Administrativo nº 9 de Madrid que anula la medida provisional de suspensión de asistencia a las sesiones que el Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho a un Profesor de dicho departamento, acordada mediante una Resolución del Rector de dicha Universidad, en el cual motivaba la misma debido a la imposibilidad de celebrar con normalidad las sesiones debido al comportamiento del Profesor.

Establece el TSJ que no es posible apreciar la concurrencia de razonabilidad y proporcionalidad como presupuestos necesarios para la adopción de estas medidas ya que existe el quebrantamiento de la presunción de inocencia ya que consta en la motivación que la presencia del Profesor en las sesiones impide la adopción de acuerdos; pero solo consta la suspensión de una solo sesión por el motivo que consta en la resolución y por tanto no se respeta el principio de proporcionalidad de la medida adoptada con los hechos constatados.

FJ CUARTO: [...] "...la jurisprudencia reiterada de esta Sala considera como actos de trámite no susceptibles de ser impugnados en vía contencioso- administrativa aquéllos mediante los que se acuerda la iniciación de los expedientes sancionadores o disciplinarios, así como las propuestas de resolución, pliego de cargos o acuerdos sobre audiencia al sancionado o expedientado Se exceptúa el supuesto en el que en el acuerdo de incoación del expediente se adopta alguna medida que afecta de manera inmediata a los derechos de la persona afectada (como ocurre con las medidas cautelares de suspensión). En este supuesto entiende la Sentencia de 28 de enero 1985 que la pretensión relativa a la imposición de una medida de suspensión cautelar de funciones es separable de la que hace referencia a la incoación del expediente por tratarse de actos distintos y es susceptible de ser admitida por no poder considerarse dicha imposición como un acto de trámite". Y añade: "...la existencia o no de responsabilidad disciplinaria debe determinarse en la resolución que ponga fin al expediente cuyo comienzo se ordena, después de haber sido tramitado con sujeción a las normas del ordenamiento jurídico que arbitran las debidas garantías para la observancia de los principios de legalidad, contradicción, defensa y presunción de inocencia inherentes al ejercicio de la potestad sancionadora."

FJ QUINTO: [...] En idéntico sentido se ha manifestado esta Sala en reiteradas resoluciones concretando que ha de diferenciarse entre la mera incoación de un expediente disciplinario (acto de trámite no susceptible de impugnación) y la adopción de una medida cautelar que incide directamente y sin ulterior tramitación en la situación jurídica del interesado cuya impugnación autónoma no ofrece duda alguna ni en la vía ordinaria ni en la alegada por el recurrente de procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

Como ponen de manifiesto las partes, el TC se ha pronunciado respecto a la adopción de medidas cautelares en relación con el derecho a la presunción de inocencia concretando que la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho que cuando no es reglada ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no será propiamente cautelar sino tendría carácter punitivo en cuanto al exceso (STC 66/89 de 17 de abril resultando esencial la motivación de la misma que servirá para determinar si es o no procedente y desproporcionada con el fin que con ella se persigue (STC 108/84)

FJ SEXTO: [...] ha de concluirse, como se efectúa en la Sentencia apelada, en que de la misma *no se desprende ni la razonabilidad ni la proporcionalidad de la concreta medida objetada* lo que, habiéndose entendido así en la misma, obliga a la desestimación del presente recurso de apelación

5. Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 19 Feb. 2010, rec. 313/2005
Imprudencia de recurso contra medida provisional que se ha convertido en medida sancionadora accesoria

Descripción:

El TSJ Murcia desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra resolución de la Confederación Hidrográfica, confirmando la medida provisional del inmediato cese del riego de las tierras regadas sin autorización ya que se indica que la medida provisional ha perdido el objeto de la misma ya que se ha finalizado de forma definitiva el procedimiento sancionador; finalizando las medidas provisionales en el momento de la resolución del expediente sancionador.

El recurrente no ha distinguido la naturaleza de las medidas dictadas provisionalmente adoptadas para asegurar el buen fin del procedimiento administrativo sancionador de las medidas dispuestas en dicho procedimiento como principales o accesorias al objeto de restaurar la legalidad vulnerada.

FJ SEGUNDO. [...] Añadamos, además, que podríamos decir que el recurso debe ser desestimado por haber perdido su objeto, ya que, como decimos, el procedimiento sancionador en el que fue adoptada la referida medida provisional fue resuelto de forma definitiva mediante resolución del Presidente de la Confederación de fecha 28 de octubre de 2005, y en ella se adopta como medida de restauración de la legalidad perturbada, por los hechos constitutivos de la infracción, el levantamiento de las tuberías de riego en los puntos en donde finaliza la zona de riego que la denunciada regaba con anterioridad a 1 de enero de 1986 y que, en consecuencia es la zona en que únicamente tiene derecho a regar. En consecuencia, desde que se dictó dicha resolución, la medida provisional aquí recurrida dejó de existir al ser sustituida por la medida definitiva adoptada en la misma, que no solo supone el cese del riego, sino el levantamiento de las tuberías, lo que significa que el presente recurso podría decirse que ha perdido su objeto.

6. Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 9 Feb. 2010, rec. 2431/2007
Procedencia del recurso anulando la medida provisional de separación del servicio a un funcionario por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva

Descripción:

El Tribunal Supremo casa y anula sentencia del TSJ País Vasco y, en su lugar, estima el recurso contencioso administrativo en su día interpuesto, anulando la actuación administrativa de ejecución material de resolución por la que se impone a agente de la Ertzaintza la sanción de separación del servicio.

El TS establece en esta sentencia el derecho del funcionario a someter a un órgano judicial la ejecutividad de la resolución que adopta una medida provisional; en este caso la suspensión de empleo; vulnerando el TSJ del País

Vasco dicho derecho y en su caso el reconocido en el artículo 24 de la Constitución española del derecho a la tutela judicial efectiva.

FJ TERCERO.- Esta Sala (sentencias de 2 y 16 de enero de 2001, Recursos de Casación núms. 6792/1996 y 7134/96; y de 24 de noviembre de 2004, Recurso de Casación núm. 3071/2001) ha declarado que, tratándose de resoluciones administrativas, debe distinguirse entre ejecutividad y actividad de ejecución; y que lo primero expresa una calidad de la resolución, consistente en la posibilidad de ser llevada a efecto mediante actos materiales de ejecución, mientras que lo segundo son esos actos materiales por los que se lleva a la práctica la resolución, y que son algo distinto de ésta última aunque arranquen de ella.

Y ha dicho también que la ejecutividad no es en principio contraria al derecho reconocido en el artículo 24 CE, y que lo decisivo para que pueda ser procedente, desde la perspectiva de dicho precepto constitucional, será su posibilidad de control jurisdiccional. Respecto de esto último, ha afirmado, con base en la doctrina contenida en la STC 66/1984, que, por lo que hace a la ejecutividad, la tutela judicial se satisface facilitando que dicha ejecutividad pueda ser sometida ante un tribunal, para que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión.

También ha recordado que la STC 78/1996, de 20 de mayo, declaró: "el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación de su denegación, y, si se ejercitó en el proceso, debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica".

Tras lo anterior, se ha sentado la conclusión de que el derecho a la tutela judicial se satisface cuando, antes de la ejecución, se permite someter a la decisión de un Tribunal la ejecutividad, para que este resuelva sobre la suspensión. Y que, por tanto, se vulnera ese derecho fundamental, no cuando se dictan actos que gozan de ejecutividad, sino cuando, en relación a los mismos, se inician actos materiales de ejecución sin ofrecer al interesado la posibilidad de instar judicialmente la suspensión de esa ejecutividad.

FJ CUARTO.- La doctrina que ha quedado expuesta, aplicada a los hechos o datos que se reseñaron en el fundamento de derecho primero, impone declarar la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que se denuncia en el segundo motivo de casación; y siendo esos hechos y datos los que deben ser aquí considerados por no haber sido desmentidos o combatidos en el actual debate casacional. A través de esos datos y hechos efectivamente se pone de manifiesto que la parte recurrente solicitó la suspensión de la ejecución de la sanción ante la propia Administración, y esta, antes de que pudiera impugnar jurisdiccionalmente la denegación de esa solicitud, inició los actos materiales de ejecución.

No obstante lo anterior, conviene aclarar que el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que hace a la ejecutividad de los actos administrativos, lo que exige es permitir al particular interesado someter a un órgano judicial esa ejecutividad para que frente a ella pueda adoptar medidas cautelares. Pero no impone paralizar la posibilidad de ejecutar el acto administrativo dotado de ejecutividad hasta tanto se dicte sentencia en el proceso judicial donde se impugnó dicho acto.

Esto último equivaldría a negar en términos absolutos la ejecutividad de los actos administrativos que, no sólo está legalmente reconocida, sino que está directamente relacionada con el principio de eficacia que para la actuación de la Administración pública proclama el artículo 103 de la Constitución.

Y también debe subrayarse que la Administración tiene a su alcance, igualmente, la posibilidad de adoptar las medidas de carácter provisional, previstas en el artículo 136 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando así lo aconseje el aseguramiento de la eficacia de la resolución final.

7. Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 18 Mar. 2009, rec. 105/2005
Anulación de medida provisional de suspensión de un sondeo por falta de competencia del órgano que lo dictó.

Descripción:

El TSJ Murcia estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por una mercantil y anula un acuerdo de paralizar un sondeo en una finca y la concesión de un plazo para llevarlo a cabo con apercibimiento de ejecución forzosa y subsidiaria.

El TSJ estima el recurso por causa de competencia en la adopción de la medidas provisionales por órgano no competente, ya que las medidas provisionales se dictaron por el Organismo de Cuenca cuando por razón de la infracción aplicable indicada en la Ley de Aguas la competencia para la adopción de la medida provisional (ejecución de un sondeo sin autorización) corresponde al Consejo de Ministros.

FJ TERCERO. Procede examinar en primer lugar si el presente de la Confederación Hidrográfica del Segura tenía competencia para acordar la medida cautelar impugnada.

El art. 328.1 RDPH dice que el expediente sancionador se incoará por el Organismo de Cuenca de oficio o a consecuencia de orden superior o denuncia.

En el presente caso por tanto la iniciación se acordó por el Presidente del Organismo de Cuenca competente por orden del Consejo de Ministros dada en la resolución antes citada que declaró caducado el primer expediente iniciado a consecuencia de las denuncias formuladas por el SEPRONA de Lorca. Sin embargo en el pliego de cargos se imputa a la actora una infracción muy grave sancionable con una multa que va desde 300.560,06 euros a 601.012, 10 euros (art. 318. 1 RDPH), al haberse valorado los daños causados al dominio público hidráulico en más de 7.500.000 ptas. (art. 317.1 RDPH), concretamente en 213.719,7 euros (35.559.966 ptas.). Por lo tanto como acertadamente señala el instructor en el pliego de cargos, la competencia para resolver el expediente corresponde al Consejo de Ministros de acuerdo con el art. 322.1 RDPH y si ello es así es evidente que la competencia para adoptar la medida cautelar adoptada con cobertura en el art. 119.2 TRLA (para garantizar la resolución final que pueda recaer y evitar la continuidad de la actividad infractora) no la tiene el Organismo de Cuenca sino el órgano competente para resolver, esto es el Consejo de Ministros como señala el art. 72.1 de la Ley 30/92 , que dice que iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existieren elementos de juicios suficientes para ello. El Abogado del Estado cita como aplicable el art. 72.2 para sostener que la competencia corresponde al órgano competente para iniciar el procedimiento, sin embargo basta leer este precepto para apercibirse que el mismo se refiere al supuesto de que las medidas se adopten en casos de urgencia antes de iniciarse el procedimiento administrativo, supuesto que no es el ocurrido en el presente caso, en el que las mismas se han adoptado iniciado el procedimiento sancionador.

Al margen de lo anterior la Sala entiende que existen dudas razonables que deberán ser resueltas en su momento por el órgano competente para resolver el expediente y posteriormente, en su caso, por el órgano competente para resolver el recurso en vía jurisdiccional, sobre si el Presidente de la Confederación tenía o no competencia para adoptar la medida cautelar impugnada por razón de la materia, ya que está acreditado que la actora solicitó la declaración de termalidad de las aguas que saca del sondeo en cuestión y que la Dirección General de Industria, Minas y Energía de la Comunidad Autónoma de Murcia, se ha pronunciado al respecto calificándolas como termales de uso industrial mediante resolución de 16-11-2005 aportada en trámite de prueba, siendo de recordar al respecto que el art. 1 al regular el objeto del TRLA 1/2001, señala, en el apartado 4 , que las aguas minerales y termales se regularán por su legislación específica.

La propia Confederación viene a dar la razón al recurrente en la propuesta de resolución previa a la resolución del recurso de reposición favorable a que el mismo sea estimado (documentos 66 a 68 del expediente).

Por último procede señalar que esta Sala ya examinó de forma indiciaria la cuestión planteada al resolver en la pieza de medidas cautelares la suspensión del precinto solicitada por la actora, dando lugar a la solicitud mediante Auto de fecha 6-5-2005 después de valorar los distintos intereses en conflicto y la propuesta de resolución del recurso de reposición formulada por la Administración favorable a la estimación de dicho recurso, entendiendo que, como dicha propuesta señala, la medida impugnada no está suficientemente motivada y ello al margen de las dudas existentes sobre la competencia del Presidente de la Confederación para adoptarla, atendiendo además a que se había adoptado después de transcurrir 2 años desde que se formuló la denuncia, sin que la misma hubiera sido adoptada en el primer expediente sancionador declarado caducado por el Consejo de Ministros, lo que supone que el mantenimiento del sondeo no causaba daños graves a los intereses generales.

8. Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 19 Nov. 2008, rec. 4042/2004
Anulación de medida provisional de detención de un extranjero por vulneración a la tutela judicial efectiva mediante vicio administrativo formal

Descripción:

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra auto dictado por el TSJ Madrid y declara admisible el recurso contencioso-administrativo. El TSJ dictó en primera instancia auto de detención a extranjero ilegal debido a medida provisional dictada en el marco de un procedimiento administrativo sancionador de la ley de extranjería que junto con la iniciación del procedimiento incorpora la orden de detención. El TS establece la doctrina de actos distintos aunque estén dictados en una misma resolución, ya que el acto de detención si pone fin a la vía administrativa y no permitir su impugnación constituye sin lugar a duda una violación flagrante de derechos fundamentales. (en este caso)

FJ CUARTO.- La jurisprudencia de esta Sala, superando planteamientos anteriores, ha estimado recursos en los que se planteaba análoga cuestión a la que ahora nos ocupa (así, en las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 6 de octubre de 2006 (rec. nº 4465/2003), 12 de mayo de 2006 (rec. nº 4345/2003), y 28 de octubre de 2005 (rec. nº 3769/2003), y la sentencia de esta Sección de 20 de abril de 2007 (rec. nº 9171/2003) y al igual que en los casos resueltos en aquellas sentencias, en este caso el acto administrativo recurrido inicia un procedimiento sancionador, y, en ese aspecto, es sin duda un acto de trámite. Pero dicha resolución, al amparo del artículo 61 de la Ley Orgánica 4/2000, como hemos subrayado, posibilita la adopción por la autoridad gubernativa de la medida cautelar de detención del expedientado (apartado quinto) y hay constancia en el apartado primero del acuerdo de incoación que con fecha 13-06-2003 se encontraba detenido en la Comisaría quien mediante pasaporte de la republica de Ucrania acredita ser D. Juan Antonio , titular del pasaporte nº NUM000 , expedido el 23-12-98.

En consecuencia, la situación personal de detención afecta al interesado y la Resolución recurrida no es un mero acto que inicia el procedimiento o lo impulsa, sino una decisión actual de la que depende aquélla.

FJ QUINTO.- Lo expuesto conduce a subrayar que no es conforme a lo dispuesto en el artículo 51-1-c) de la Ley Jurisdiccional 29/98 , en relación con su artículo 25-1 , que se prive al interesado de la posibilidad de impugnar una detención que implica privación de libertad, habida cuenta de que el interesado interpuso su recurso contencioso administrativo por la vía especial del procedimiento de protección de Derechos Fundamentales, invocando no sólo el artículo 24 CE sino también el artículo 17 CE , denunciando dicha privación que formaba parte de la decisión administrativa de incoación del expediente de expulsión.

Los razonamientos precedentes conducen a declarar haber lugar al recurso de casación por estimación de los motivos tercero, cuarto y quinto aducidos por la parte recurrente, con anulación de los Autos impugnados, a fin de que continúe la tramitación del recurso contencioso administrativo nº 1369/03 , retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictarse el Auto de inadmisión de 24 de noviembre de 2003 por la Sección Octava de la Sala de Madrid , al objeto de que se resuelva el recurso en forma de sentencia.

9. Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 15 Jul. 2008, rec. 5357/2004
Anulación de la medida provisional de suspensión de riego de por falta de audiencia a los interesados y falta de motivación de la elección del procedimiento de urgencia

Descripción:

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ Andalucía y resuelve anulando, por ser contrarias a Derecho, las resoluciones del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir y del instructor del expediente sancionador de la referida Confederación, en cuanto acordaron la medida cautelar de abstenerse de regar y de retirar las instalaciones de riego.

El TS anula las medidas provisionales ya que el Presidente de la Confederación y el Instructor del expediente sancionador acordaron una medida provisional sin la motivación necesaria para la adopción de estas medidas de gravamen para los interesados y al ser dictados inaudita parte al no concurrir el elemento de urgencia necesario para prescindir de dicho acto.

FJ PRIMERO: [...] El precepto contenido en los artículos 136 de la Ley 30/1992 y 15.1 del Reglamento, aprobado por Real Decreto 1398/93, es categórico en cuanto exige una específica motivación que justifique la adopción de la medida de carácter provisional, de manera que no basta, para cumplir con el deber de motivar la medida cautelar, expresar los hechos constitutivos de la infracción, su calificación y las posibles sanciones, sino que es necesario explicar y exponer las razones por las que se acuerda la medida provisional, que en este caso consistió en la imposibilidad de regar y la retirada de los elementos de riego.

El citado artículo 136 de la Ley 30/1992 establece, como premisa legal para la adopción de medidas provisionales, que así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionares, lo que en la actualidad se contempla expresamente en el artículo 119.2 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, en virtud de lo que dispuso la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, sin que, cuando el día 21 de enero de 1999, se adoptó la medida provisional enjuiciada, hubiese otra norma que la contenida en el aludido artículo 15 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, en el que se autoriza al órgano que incoa el procedimiento y al instructor para que adopten medidas provisionales cuando así venga requerido por inaplazables razones de urgencia y mediante acuerdo motivado, condiciones que en este caso no se cumplieron, de manera que la medida provisional acordada lo fue con infracción de los aludidos preceptos y, por consiguiente, es contraria a derecho y debió ser anulada por la Sala de instancia de acuerdo con lo establecido concordadamente en los artículos 63.1 de la Ley 30/1992, 70.2 y 71.1 a) de la Ley de esta Jurisdicción.

FJ SEGUNDO: [...] Este segundo motivo de casación debe también ser estimado porque, al no ser automática la medida cautelar y comportar la alteración de una situación de hecho, el afectado por la misma debió ser previamente oído, dándole la oportunidad de aportar las pruebas tendentes a demostrar la improcedencia de la misma o los perjuicios que le pudiese causar. La necesaria audiencia previa aparece directamente relacionada con el deber de motivar la medida, que sólo por razones de inaplazable urgencia cabría adoptar inaudita parte, pero siempre mediante explícita justificación, de la que, según hemos señalado en el fundamento anterior, carece la decisión impugnada, en contra de lo establecido categóricamente en los citados artículos 136 de la Ley 30/1992 y 15 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1398/93

FJ TERCERO: [...] Por las razones ya expresadas en los precedentes fundamentos jurídicos, en los que hemos declarado estimables los motivos de casación primero y segundo, debemos declarar que dichas decisiones no se ajustan a derecho, por lo que, conforme a lo establecido concordadamente en los artículos 63.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, 70.2 y 71.1 a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, debemos estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto y anular los referidos acuerdos en los que se adoptaron las indicadas medidas cautelares

10. Juzgado de lo Contencioso-administrativo N°. 4 de Zaragoza, Sentencia de 22 Jun. 2007, rec. 151/2007

Improcedencia de la medida provisional de separación del servicio a un funcionario por la falta de motivación y proporcionalidad de la medida

Descripción:

El Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 4 de Zaragoza estima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Decreto del Ayuntamiento por el que se acuerda la separación provisional del servicio del interesado, Secretario Interventor del Ayuntamiento, por el periodo de seis meses.

La medida provisional adoptada por la Alcaldía de separación del servicio y la prórroga de la misma se determina no razonable con la motivación expresada en el acto administrativo y en relación con la gravedad de la medida adoptada.

La motivación de pérdida de confianza por la Alcaldía ante el funcionario no es adecuada para separar provisionalmente del servicio, y por tanto se origina la violación de la presunción de inocencia prescrita del derecho sancionador.

FJ SEGUNDO: [...] Habrá que comenzar indicando que la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 octubre 1995 (RJ 1995\8103), establece que la medida cautelar adoptada en un procedimiento sancionador o disciplinario, como es el caso, no vulnera «per se», el derecho fundamental a la presunción de inocencia, sin perjuicio de que la arbitrariedad o ausencia de toda justificación permitan considerar que la vulneración concurre; habiéndose pronunciado en similares términos el Tribunal Constitucional en Auto de 11 enero 1990 (RTC 1990\2 auto), siguiendo el criterio sostenido en anteriores resoluciones (Sentencias 108/1984 [RTC 1984\108], Autos 211/1982 [RTC 1982\211 auto], 439/1984 [RTC 1984\439 auto], 98/1986 [RTC 1986\98 auto], 183/1986 [RTC 1986\183 auto] y 152/1987 [RTC 1987\152 auto]) reiterando que la suspensión preventiva en el ejercicio del cargo o función no resulta contraria a los postulados de la presunción de inocencia, salvaguardados por el art. 24.2, si dicha suspensión responde a las propias exigencias del servicio público y al buen fin del expediente sancionador. Asimismo ha mantenido que «la relación existente entre el efectivo desempeño de la función y la percepción del sueldo impide apreciar una finalidad punitiva o de sanción anticipada en la suspensión de aquélla producida durante la tramitación del expediente disciplinario», ya que la imposición de medidas cautelares no es en sí misma contraria a la Constitución cuando se acuerda en «... resolución fundada en derecho, basadas en juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes y que no resulten desproporcionadas

Esto es la medida cautelar es contraria al principio de presunción de inocencia, si no es razonable su adopción para buscar la finalidad perseguida o si es desproporcionada.

Y es que debe recordarse que el artículo 48 de la Ley de Funcionarios de 1964 establece que la suspensión provisional podrá acordarse preventivamente durante la tramitación del procedimiento disciplinario que se instruya al funcionario, precepto que es completado por el artículo 33.1 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, al disponer que iniciado el procedimiento sancionador se podrán adoptar las medidas cautelares oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer. Por su parte, el Tribunal Supremo viene proclamando de manera constante que la suspensión preventiva está configurada, en síntesis, para evitar en determinados supuestos que la continuación del funcionario en su puesto de trabajo pueda perturbar la normalidad del servicio público o perjudicar la instrucción del expediente en el cual se está depurando su presunta responsabilidad, características (derivadas de su finalidad instrumental y accesorio) que permiten calificar tal medida cautelar como excepcional, con un fundamento razonable, proporcionada a la trascendencia de las infracciones imputadas, motivada suficientemente por su contenido restrictivo de derechos y temporalmente limitada (Sentencia de 3 febrero de 1987 [RJ 1987\497], entre otras).

Tres son, por tanto, las circunstancias que deben confluir para acordar la suspensión provisional de un funcionario público: a) que se tramite contra él un expediente disciplinario; b) que la medida sea

indispensable o muy necesaria para garantizar la normalidad del servicio público o para no perjudicar la instrucción del expediente; c) que la suspensión tenga por finalidad asegurar la eficacia de la resolución (sancionadora) que pudiera poner fin al procedimiento.

Pues bien, *en el presente caso la Administración indica de forma preformada que se adopta por la pérdida de confianza del actor y para proteger el funcionamiento de la Corporación*. Ha de admitirse con el Ministerio Público que *la pérdida de confianza no es un término hábil para acordar esta medida tan grave y excepcional y que en absoluto ha sido acreditado que de mantenerse el actor en el puesto de trabajo la Corporación no funcionase correctamente*. Lo que se le imputa en este procedimiento, son presuntas irregularidades al no dar cuenta o no presentar informe de ilegalidad sobre unos hechos del año 2004. Mal puede por tanto derivar o concluir falta de adecuado funcionamiento, por la comisión de hechos cometidos hace tanto tiempo.

Ni en el expediente, ni en la demanda hay citada otra causa legal para adoptar la medida, no se ha acreditado la concurrencia de los requisitos precisos para acordar la suspensión provisional del actor. Y desde luego la causa ordinaria de dificultar la investigación, no se puede dar en este caso en que lo se imputa consta en el expediente y el actor en el desempeño de su puesto de trabajo, no puede modificar, ni ocultar.

No se justifica en modo alguno la necesidad de acordar la suspensión provisional vulnerando palmariamente el artículo 54.1 a) de la Ley 30/1992. En efecto, *la motivación es el presupuesto formal que separa la discrecionalidad de la arbitrariedad y constituye garantía imprescindible del correcto ejercicio de las facultades administrativas, caracterizándose por la aportación de las razones que justifican la adopción de una decisión respecto de determinada persona. Y esas exigencias no se satisfacen con meras referencias a las normas aplicables ni invocando la existencia de un expediente disciplinario, ya que tales alusiones no demuestran que la suspensión provisional sea necesaria para garantizar la normalidad del servicio o la adecuada tramitación del expediente ni que fuese indispensable para asegurar la eficacia de la resolución final del procedimiento*.

Procede la estimación del recurso, sin necesidad de entrar en más consideraciones".

11. Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 26 Jun. 2002, rec. 733/2000
Procedencia de medida provisional de destrucción de las bebidas ocupadas en un botellón y reconocimiento de la legalidad del reglamento aplicable.

Descripción:

La Sentencia del TSJ de Murcia establece la procedencia de una medida provisional de destrucción de bebidas ocupadas el conocido "botellón" confirmando la capacidad de las entidades locales a dictar dichos actos administrativos provisionales en el marco de las ordenanzas y reglamentos.

FJ QUINTO. *Procedimiento sancionador aplicable y procedencia de la medida cautelar de ocupación y destrucción de las bebidas*. Ninguna dificultad plantea esta cuestión. El procedimiento sancionador aplicable viene regulado en el R.D. 1.398/93 que aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

La medida cautelar que se establece en el art. 3.1 de la Ordenanza tiene cobertura en el art. 136 de la Ley 30/92, estando justificado que se adopte de plano por la necesidad de impedir la persistencia en comisión de la infracción, estando prevista la posibilidad de adoptar la medida cautelar de esta forma por el artículo 15.1, apartado segundo del R.D. 1.398/93 y por la Ley de enjuiciamiento criminal, aplicable analógicamente, en su art. 338, siendo exigible que los agentes actuantes conserven muestras de las bebidas destruidas y que documenten adecuadamente la actuación.

10. Conclusiones

Visto lo indicado en los fundamentos jurídicos seleccionados podemos extraer las siguientes conclusiones:

a) La adopción de medidas provisionales en el seno o previo a la realización de un procedimiento administrativo sancionador se configura como el instituto jurídico mas potente para eliminar o minimizar los posibles efectos de la infracción y el comportamiento antijurídico determinante de las mismas.

b) Resulta esencial en la adopción de estas medidas un escrupuloso respeto de los principios y reglas contenidos en sus normas reguladoras, ya que de no hacerlo así se pueden vulnerar los derechos de los ciudadanos afectados por estas medidas. Entre otros e incomprensiblemente y aunque con colaboración de la autoridad judicial existen medidas provisionales dictadas por la Administración Civil que acarrear el internamiento de personas por tiempo superior a 72 horas.

c) La adopción de una medida provisional "*inaudita parte*" requiere una específica motivación que exteriorice no sólo la procedencia de la medida y su justificación desde la perspectiva de salvaguardia del interés general y la protección de los bienes jurídicos concernidos, sino también la necesidad de prescindir del trámite de audiencia por existir una situación de inaplazable urgencia, esto es, de emergencia, que exige la adopción inmediata e inaplazable de la medida provisional.

d) Para la adopción de medidas de carácter provisional debe elegirse las medidas menos lesivas de entre las que sea posible adoptar; justificando la elección de las mismas contempladas en la normativa aplicable.

e) Cuando la medida de carácter provisional se ha tomado dentro de un procedimiento sancionador, la motivación de la misma será considerada válida cuando la motivación del propio procedimiento sancionador sea también adecuado.

f) Los ciudadanos están obligados a soportar la adopción de medidas provisionales por parte de las administraciones públicas cuando las mismas respeten todos los principios de proporcionalidad, motivación... etc de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 30/1.992; incluso cuando el expediente sancionador se archive o sobresea.

g) En los actos administrativos en que se dicten conjuntamente la iniciación de un expediente sancionador y medidas provisionales; ambos actos son separables al objeto de ser impugnados; siendo el acto de inicio un acto de tramite no recurrible y siendo un acto que pone fin a la vía administrativa la adopción de las medidas provisionales y siendo este recurrible por todas las vías.

h) La presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en

Derecho, que cuando no es reglada la adopción de la medida ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no será propiamente cautelar sino tendría carácter sancionador. Ello llevará que el exceso por falta de proporcionalidad de la medida resulte vulneradora de la presunción de inocencia si falta la motivación de la misma que servirá para determinar si es o no procedente y desproporcionada con el fin que con ella se persigue

i) La competencia para la adopción de las medidas de carácter provisional corresponden al órgano designado en la normativa sectorial; siendo nulo de pleno derecho que las mismas sean dictadas por otro órgano. La adopción de medidas fuera del procedimiento sancionador requiere que las mismas sean ratificadas por el órgano competente so pena de nulidad de las mismas.

j), Que se prive al interesado de la posibilidad de impugnar medida provisional origina una indefensión proscrita en el ordenamiento jurídico y en la propia Constitución; originando de inmediato la nulidad de la medida provisional dictada.

k) El precepto contenido en los artículos 136 de la Ley 30/1992 y 15.1 del Reglamento, aprobado por Real Decreto 1398/93, es categórico en cuanto exige una específica motivación que justifique la adopción de la medida de carácter provisional, de manera que no basta, para cumplir con el deber de motivar la medida cautelar, expresar los hechos constitutivos de la infracción, su calificación y las posibles sanciones, sino que es necesario explicar y exponer las razones por las que se acuerda la medida provisional,

l) La necesaria audiencia previa aparece directamente relacionada con el deber de motivar la medida provisional, que sólo por razones de inaplazable urgencia cabría adoptar inaudita parte, pero siempre mediante explícita justificación de la decisión adoptada.

m) La motivación es el presupuesto formal que separa la discrecionalidad de la arbitrariedad y constituye garantía imprescindible del correcto ejercicio de las facultades administrativas, caracterizándose por la aportación de las razones que justifican la adopción de una decisión respecto de determinada persona.

PARTE ESPECIAL

1.- Justificación.

Una vez conocida la parte general de la institución jurídica de las medidas provisionales, aspira este autor a un estudio más detenido de la que denominaremos parte especial, que no es más que la legislación seleccionada para un ámbito determinado.

En primer lugar indicaremos el motivo del ámbito seleccionado, que no es otro que el mismo en que realiza las funciones de Guardería del Medio Natural quien escribe estas líneas. Es una aspiración el que este trabajo sea útil a este colectivo de funcionarios al objeto de que se aclare el contenido y uso de esta institución jurídica, la cual esta bastante ligada a la actividad de inspección que la ley reguladora de estos funcionarios les otorga y que no siempre es clara.

También emplearemos en término medio ambiente en un concepto restringido del término, acotando el mismo a las normas que los funcionarios antedichos manejan de manera habitual y que se detallan a continuación.

Caza, Pesca Fluvial, Montes, Espacios Naturales, Especies Protegidas e Impacto Ambiental.

Entiendo que es adecuado el estudio en profundidad de esta institución jurídica debido a lo complejo de su utilización y a lo confuso que en ocasiones se encuentra su formulación en las normas.

También entiende el autor que es el momento pertinente de alumbrar este trabajo de divulgación por lo confuso de algunas disposiciones generales que atañen a los funcionarios de la Guardería del Medio Natural al igual que lo contenido en la Instrucción GMN 1/2007 relativa a diversos aspectos de las denuncias por infracciones a los montes. (Resolución de 5 de marzo de 2012, de la Consejería de Agroganadería y Recursos Autóctonos, sobre acreditación e identificación del personal de la Guardería del Medio Natural adscrito a la Dirección General de Recursos Naturales y Resolución de 26 de febrero de 2010, de la Consejería de Medio Rural y Pesca, sobre acreditación e identificación del personal de Guardería del Medio Natural adscrito a la Dirección General de Política Forestal)

2. Procedimiento sancionador General del Principado de Asturias

El procedimiento sancionador de la Administración del Principado de Asturias viene determinado en el Decreto 21/1994 de 2 de abril.

En sus preceptos desarrolla tal y como se detalla la posibilidad de la adopción de las medidas provisionales que sean necesarias para asegurar la eficacia de la resolución final del procedimiento sancionador.

El Reglamento habilita al órgano competente, entendiendo como tal quien tenga la competencia para incoar la providencia de inicio del expediente sancionador.

Para saber que órgano es en cada caso habrá que acudir a las leyes sectoriales en las cuales designará los órganos sancionadores competentes y subsidiariamente habrá que acudir a la Ley 2/95 del Régimen Jurídico del Principado de Asturias en la cual se establecen las reglas supletorias para el caso del silencio de las leyes sectoriales aplicables a cada caso.

Hemos de recordar en este apartado que los preceptos contemplados en este Reglamento Sancionador funcionan de manera supletoria a lo contenido en las leyes sectoriales o especiales; en las cuales algunas serán mas prolijas que otras en la regulación legal de esta institución.

Artículo 3 Designación de Instructor y Secretario

1. En el mismo acto por el que disponga la iniciación del procedimiento sancionador, el órgano competente nombrará un Instructor y, en su caso, un Secretario, lo que se notificará al inculcado.

Asimismo, podrá adoptar las medidas de carácter provisional que motivadamente juzgue necesarias para asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer. No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de los derechos amparados por las leyes.

2. Podrán ser nombrados Instructor y Secretario del procedimiento cualquiera funcionarios de la respectiva Consejería que por el órgano competente se considere reúnen condiciones de idoneidad para el ejercicio de las funciones que les corresponden sin perjuicio de la abstención de los nombrados o recusación de los mismos.

En la Ley 2/1995 de 13 de marzo de Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias establece como normativa supletoria para el caso que la normativa sectorial no tenga previsto nada al respecto los siguientes preceptos:

Artículo 35 Ejercicio de la potestad sancionadora

1. El ejercicio de la potestad sancionadora en la Administración del Principado de Asturias corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida por disposición de rango legal o reglamentario.

2. La iniciación del procedimiento sancionador podrá ser ordenada en cada Consejería por los titulares de las mismas o de las Viceconsejerías, Secretarías Generales Técnicas o Direcciones

Regionales, en el ámbito de las funciones cuyo ejercicio les corresponda. Dichos órganos son, asimismo, competentes para ordenar la instrucción de informaciones previas, la designación de instructor y, en su caso, Secretario del procedimiento sancionador y **para la adopción de medidas provisionales a fin de asegurar la resolución final que pueda recaer**

3. Normativa de caza

La legislación especial en materia de caza viene de la mano de la Ley 2/1989 del 6 de Junio de Caza del Principado de Asturias.

Nos encontramos ante la regulación de una competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, quedando libre el legislador autonómico en la configuración de las situaciones que precisen la adopción de medidas provisionales en el seno de los procedimientos administrativos sancionadores con los límites constitucionales y estatutarios de la autonomía del Principado de Asturias.

Dicha legislación no contempla precepto alguno que regule de manera general las medidas provisionales en el caso de comisión de infracciones administrativas.

Lo anterior no obsta para que en la redacción de algunos de los artículos del texto encontremos medidas análogas que expresamente son medidas de carácter provisional.

También es necesario en este sede hacer hincapié en la distinción de lo que deben entenderse como medidas de carácter provisional y las medidas sancionadoras accesorias; no siempre fáciles de identificar.

Nos referimos en estos casos a los decomisos de armas u otras artes y a las posibles suspensiones y/o supresiones de acotamientos o régimen cinegéticos especial.

En materia de decomiso nos encontramos con situaciones complejas en materia de las armas.

Así en el caso del decomiso de las armas utilizadas para cometer una infracción en materia de caza, habría de considerarse una medida provisional en el caso de sobreseimiento o archivo del expediente sancionador y una medida o sanción accesoria de privación del arma en el caso de sanción firme y previo abono de la sanción principal.

Rige la excepción de las infracciones leves, donde conforme el artículo 49.2 establece la devolución automática por disposición del instructor del expediente. No deja de sorprender lo dispuesto en este precepto, que desapodera a el titular de la competencia para resolver, es decir, al titular del poder político para hacer una delegación legal en un funcionario sin atribución legal para dictar resoluciones.

Artículo 49

1. *Las armas retiradas serán devueltas cuando la resolución recaída en el expediente fuera absolutoria o se proceda a su sobreseimiento.*
2. *En el supuesto de infracción administrativa leve la devolución del arma será automática por disposición del instructor del expediente. Si la infracción se calificara de menos grave, grave o muy grave, la devolución del arma sólo procederá cuando se haya hecho efectiva la sanción impuesta.*

Además de lo indicado se ha podido encontrar incluido en la redacción de las infracciones administrativas, algunas medidas que pueden ser consideradas como verdaderas medidas de carácter provisional, con todos los atributos de las mismas, pero vinculadas a unos hechos expresos y concretos, no dejando al órgano competente margen de apreciación o muy estrecho en su caso.

Entre ellos observamos:

Artículo 45

- 4.^a El incumplimiento del régimen cinegético establecido para los terrenos acotados. *La sanción llevará aparejada la suspensión de lo acotado*

Tal y como podemos observar en el artículo 45.4 nos encontramos ante una medida provisional de carácter obligatoria para el órgano competente en la materia, que deberá adoptar la medida de la suspensión de lo acotado.

Del precepto se desprende que en el momento que se cumpla el régimen cinegético para estos acotados, la suspensión debe finalizar y proceder a la restitución de lo acotado para sus titulares.

A modo de reflexión esta norma merece una crítica favorable desde el punto de vista de la seguridad jurídica, ya que restringe al máximo la capacidad de los titulares de la Administración en la adopción de medidas provisionales a las conductas concretas y expresas.

4. Normativa de pesca fluvial

La normativa de pesca fluvial viene determinada por lo contenido en la Ley del Principado de Asturias 6/2002, de 18 de junio, sobre protección de los ecosistemas acuáticos y de regulación de la pesca en aguas continentales.

Nos encontramos ante la regulación de una competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, quedando libre el legislador autonómico en la configuración de las situaciones que precisen la adopción de medidas provisionales en el seno de los procedimientos administrativos sancionadores con los límites constitucionales y estatutarios de la autonomía del Principado de Asturias.

Destaca en este cuerpo legal:

- a) Una habilitación de carácter general para la adopción de las medidas provisionales o cautelares,
- b) Una segunda habilitación prevista para las situaciones de urgencia en la que deroga la norma general anterior para establecer una delegación legal en el órgano competente para resolver los expedientes sancionadores
- c) Una tercera de carácter expreso para el caso de infracciones muy graves cometidas con ocasión del ejercicio de actividades industriales o de comercialización

4.1 Medidas provisionales dentro del procedimiento sancionador.

Para saber en cada momento cual es el órgano competente para la adopción de las medidas de carácter provisional hay que acudir al artículo 53 de esta ley, donde se detalla a quien corresponde orgánicamente la resolución de los procedimientos administrativos sancionadores.

Artículo 63 Medidas cautelares

1. En cualquier momento, el órgano competente para resolver podrá disponer la adopción de las medidas cautelares que estime necesarias a fin de asegurar la eficacia de la resolución final que pueda recaer.

2. Por razones de urgencia inaplazable, dichas medidas podrán ser también dispuestas por el órgano competente para iniciar el procedimiento.

Artículo 53 Potestad sancionadora

La competencia para resolver los procedimientos sancionadores corresponde:

- a) En el caso de faltas leves, al titular de la Dirección General competente por razón de la materia.*

b) En el caso de faltas graves y en las muy graves cuya sanción alcance 150.000 euros, a quien ostente la titularidad de la Consejería competente por razón de la materia.

c) En los casos de faltas muy graves sancionadas con 150.001 o más euros, al Consejo de Gobierno

4.2 Medidas provisionales de urgencia.

Otro tratamiento corresponde a la resolución de un procedimiento administrativo de adopción de medidas cautelares con carácter de urgencia.

De acuerdo con toda la jurisprudencia y derecho positivo abordado en la parte general del presente trabajo, las situaciones de urgencias deben ser apreciadas por el órgano administrativo competente para resolver el procedimiento urgente. Dicha apreciación de urgencia debe ser especialmente motivada para su control posterior mediante los recursos que sean pertinentes.

El funcionamiento del artículo 63.2 puede ser resuelto tanto por el órgano competente para resolver el expediente sancionador, descritos en el artículo 53 o por el órgano competente para iniciar el procedimiento.

Corresponderá a quien ostente la titularidad de la Dirección General competente en materia de pesca fluvial la iniciación del procedimiento sancionador conforme el artículo 62.1.

De lo expuesto se desprende que para los casos de urgencia para la adopción de medidas provisionales dentro de los procedimientos administrativos sancionadores en materia de pesca corresponderá según cada caso desde la Dirección General, pasando por la Consejería competente y según la cuantía de la multa puede corresponde al Consejo de Gobierno.

Resulta bastante complejo en la primera fase del procedimiento sancionador para el caso de infracciones muy graves la determinación de los casos que correspondan dictar resolución de medidas provisionales al Consejo de Gobierno; ya que al estar tasada su actuación a los casos de multas superiores a mas de 150.000 €, y la cuantía de la sanción corresponde determinarla en las fases posteriores del procedimiento, concretamente a la propuesta de resolución, resultará escasamente aplicable esta atribución a este órgano colegiado.

Solamente podrían aplicarse claramente el precepto anterior a las conductas descrita en el artículo 51.h integrando su contenido con lo dispuesto en el artículo 55.1.b en el que establece la aplicación de la mitad superior de la sanción cuando las especies afectadas estén catalogadas en peligro de extinción.

Ahora bien si el supuesto anterior en la actualidad no podría concurrir por no existir ninguna especie catalogada en peligro de extinción, en la hipótesis que en algún caso pudiera concurrir, lo mas apropiado sería que este

procedimiento quedara absorbido por el establecido para las situaciones de urgencia.

4.3. Medidas provisionales específicas

Otro de los casos de medidas provisionales o cautelares en materia de pesca fluvial contenido en el texto viene determinado de manera expresa para los casos de infracciones cometidas con ocasión del ejercicio de actividades industriales o de comercialización cuando las mismas sean consideradas graves y muy graves.

Nos remitimos a lo comentado anteriormente para la adopción de las medidas cautelares en el seno de los procedimientos administrativos sancionadores por conductas subsumidas en infracciones muy graves.

Artículo 54 Sanciones

b) Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 601 a 6.000 euros y retirada e inhabilitación para obtener la licencia de pesca por un plazo de un año. Cuando alguna de estas infracciones haya sido cometida con ocasión del ejercicio de actividades industriales o de comercialización de especies piscícolas, se podrá suspender su ejercicio por igual lapso temporal.

c) Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de 6.001 euros a 300.000 euros y retirada e inhabilitación para obtener la licencia de pesca de un año y un día a cinco años. Cuando alguna de estas infracciones haya sido cometida con ocasión del ejercicio de actividades industriales o de comercialización de especies piscícolas, se podrá suspender su ejercicio por igual lapso temporal.

5. Normativa de montes

La normativa legal en materia de montes y forestal viene determinado por la Ley 3/2004 de 23 de noviembre de Montes y Ordenación Forestal del Principado de Asturias.

Dicha ley procede del desarrollo normativo de la legislación básica representada por la Ley 43/2003 del 21 de noviembre de Montes.

En la mencionada norma regula los procedimientos de adopción de medidas provisionales en el artículo 62 con el siguiente tenor:

Artículo 69 Medidas cautelares

La Administración competente, o sus agentes de la autoridad, podrán adoptar las medidas de carácter provisional que estimen necesarias, incluyendo el decomiso, para evitar la continuidad del daño ocasionado por la actividad presuntamente infractora.

Al inicio del procedimiento y de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso, la Administración competente deberá ratificar tales medidas. Asimismo, podrá imponer nuevas medidas cautelares para asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer

El derecho positivo de desarrollo de la institución legal de las medidas provisionales en los procedimientos administrativos sancionadores que ha dictado el legislador del Principado de Asturias viene determinado en los siguientes preceptos.

Artículo 40 Supervisión administrativa

1. La Consejería competente en materia forestal controla y supervisa el uso de las autorizaciones de aprovechamientos a través de inspecciones, reconocimientos y comprobaciones.

2. Los Guardas Rurales y los demás agentes de la autoridad pública podrán exigir a cualquier persona que realice aprovechamientos forestales sujetos a autorización la acreditación documental que ampare dichas operaciones. A falta de ella, les requerirán para la suspensión de sus actividades dando cuenta con la mayor brevedad posible a la Consejería competente en materia forestal, que resolverá acerca de la legalidad de las actuaciones, con incoación de expediente sancionador si se careciera de la autorización o se hubiese desobedecido la orden de suspensión

Artículo 98 Procedimiento sancionador y medidas cautelares

1. El procedimiento administrativo sancionador se acomodará al régimen sancionador general establecido para la Administración del Principado de Asturias.

2. La Consejería competente en materia forestal podrá adoptar las medidas de carácter provisional que estime necesarias, incluyendo el decomiso, para evitar la continuidad del daño ocasionado por la actividad presuntamente infractora. Al inicio del procedimiento y de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso, la Consejería competente en materia forestal deberá ratificar tales medidas. Asimismo, podrá imponer nuevas medidas cautelares para asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer.

Tal y como se desprende del contenido de los artículos anteriores nos encontramos ante dos procedimientos diferenciados.

El regulado en el artículo 40 para unos hechos específicos y a adoptar incondicionalmente en el caso de falta de acreditación documental de la actividades consideradas como aprovechamientos forestales.

En el segundo caso se trata en un procedimiento administrativo de carácter general para el resto de las actividades no contempladas en la regulación anterior, con la finalidad tasada de evitar la continuidad del daño ocasionado por la actividad presuntamente infractora.

Dada la cierta complejidad de los preceptos legales indicados es necesaria la glosa de los mismos de forma separada y con un detalle.

5.1 Procedimiento de suspensión del artículo 40

El contenido en el artículo 40.2 es una delegación legal a los Guardas Rurales u otros agentes de la autoridad para que en el ejercicio de sus atribuciones proceda a la suspensión de actividades en los casos de aprovechamientos forestales sujetos a autorización.

Lo indicado en el artículo anterior deroga la competencia general de adopción de las medidas cautelares que deberán adoptadas de manera obligatoria por los funcionarios miembros de la Guardería del Principado de Asturias u otros agentes de la autoridad pública que tengan reconocida esta condición en su normativa reguladora.

Ahora bien esta atribución competencial se limita solamente a los supuestos de aprovechamientos forestales autorizables o sometidos a autorización previa.

Por lo cual quedan sometidos a lo sometido en este artículo los aprovechamientos forestales, entendiéndose por tales los subsumidos en la definición contenida en el artículo 6 de la legislación estatal. Por lo cual integrando el contenido de ambos artículos la glosa de los mismos sería:

(i) Son aprovechamientos forestales: los maderables y leñosos, incluida la biomasa forestal, los de corcho, pastos, caza, frutos, hongos, plantas aromáticas y medicinales, productos apícolas y los demás productos y servicios con valor de mercado característicos de los montes

A sensu contrario quedarán excluidos de este procedimiento de suspensión de actividades y sometidos al procedimiento general de medidas provisionales los supuestos de actividades no permitidas establecidos en el artículo 48 y que no sean considerados aprovechamientos forestales.

Usos prohibidos

Quedan prohibidos, salvo expresa autorización de la Consejería competente en materia forestal y sin perjuicio de otras autorizaciones necesarias según la legislación sectorial aplicable en cada caso:

a) Las acciones que impidan o limiten el normal comportamiento de las especies protegidas.

b) La recogida de productos sometidos a autorización y de material vegetal, mineral o de ejemplares de la fauna de los montes, salvo que se trate de muestras con fines científicos.

- c) *El abandono de escombros, residuos o desechos de cualquier tipo o naturaleza.*
- d) *El uso de aquellos elementos productores de ruido, ajenos a la actividad agraria, que puedan alterar los hábitos del ganado o de la fauna silvestre.*
- e) *Las actividades motorizadas, ajenas a la actividad agroforestal, excepto en los circuitos o viales expresamente autorizados.*
- f) *Las acampadas, excepto en los lugares expresamente previstos.*
- g) *La publicidad estática.*
- h) *La actividad comercial ambulante.*

La glosa del precepto completo establece que una vez suspendidas a las actividades de aprovechamientos forestales se dará cuenta con la mayor brevedad posible a la Consejería competente en materia forestal, que resolverá acerca de la legalidad de las actuaciones, con incoación de expediente sancionador si se careciera de la autorización o se hubiese desobedecido la orden de suspensión pudiendo subsumirse esta conducta la infracción administrativa contenida en el artículo 90 de la ley.

La acción punitiva que marca el artículo 40 que ordena la incoación de un expediente sancionador por desobediencia de la suspensión ordenada por la Guardería no deja de ser un brindis al sol, ya que no es posible encontrar en el imaginario colectivo de los mas entrenados en materia forestal que en un aprovechamiento forestal que es el que disciplina esta suspensión pueda a contener todos los elementos del tipo que contiene la infracción del artículo 98; esto es:” *que provoquen pérdida de la calidad del suelo cuya recuperación exceda de diez año*”

La esencia de todo este procedimiento es la suspensión de las actividades de los aprovechamientos forestales por la falta de acreditación documental de las autorizaciones necesarias; quedando excluidas del mismo más actividades prohibidas o no sometidas a autorización, tales como las comunicaciones de aprovechamientos domésticos, también excluidos.

Se trata en este caso de una medida provisional interina y precisa para su continuación de la ratificación del órgano competente.

El procedimiento descrito en el artículo 98.2 aborda los demás casos de adopción de medidas cautelares no descritas en el artículo 40.2, es decir todos excepto la suspensión de los aprovechamientos forestales sometidos a autorización.

5.2 El procedimiento del artículo 98.

La institución jurídica que estudiamos tiene una segunda habilitación en la Ley 3/2004 de Montes y Ordenación Forestal del Principado de Asturias incluida en el precepto que se indica:

Artículo 98 Procedimiento sancionador y medidas cautelares

1. El procedimiento administrativo sancionador se acomodará al régimen sancionador general establecido para la Administración del Principado de Asturias.

2. La Consejería competente (1) en materia forestal podrá adoptar las medidas de carácter provisional que estime necesarias, (3) incluyendo el decomiso, para evitar la continuidad del daño ocasionado por la actividad presuntamente infractora. Al inicio del procedimiento (2) y de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso, la Consejería competente en materia forestal deberá ratificar tales medidas. Asimismo, podrá imponer nuevas medidas cautelares para asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer.

El precepto contenido en el artículo 98.2 conforma un conglomerado de habilitaciones jurídicas de confusa redacción y que glosaremos a continuación.

En el primer precepto primero que discurre desde el inicio del artículo hasta el primer punto nos encontramos con la habilitación legal a la Consejería competente para adoptar las medidas provisionales con carácter de urgencia, con su origen en el artículo 72.2 de la Ley 30/1992 de RJAPPAC que reproducimos

2. Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente (1), de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia (2) y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes en los supuestos previstos (3) expresamente por una norma de rango de Ley(4). Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda.

La integración de ambos preceptos nos ayudará a conocer el significado concreto de todos y cada uno de su contenido mediante los parámetros de interpretación legal que nos brinda el Código Civil en su título preliminar.

Dado que el punto 1 del artículo 98 establece de aplicación para los procedimientos sancionadores el régimen sancionador general del Principado, a él nos debemos atener en el caso de la adopción de las medidas provisionales adoptadas en el seno del procedimiento sancionador.

Lo anterior nos indica que quien debe adoptar las medidas provisionales en el seno del procedimiento es el órgano competente que indica dicho reglamento y que habrá que buscar en las normas legales sectoriales o en la normativa orgánica de la Administración.

La Ley 3/2004 de Montes establece un desdoblamiento de competencias en materia sancionadora, que se articula de la siguiente forma:

Artículo 99 Determinación de las competencias

La competencia para el inicio de los procedimientos sancionadores corresponde al titular de la Dirección General competente en materia de montes.

La competencia para la resolución de los procedimientos sancionadores por la comisión de infracciones que se califiquen como leves o graves corresponderá al titular de la Dirección General

competente en materia de montes, y **las muy graves al titular de la Consejería competente en materia forestal.**

Integramos lo contenido en el Reglamento Sancionador del Principado a este respecto:

Artículo 3 Designación de Instructor y Secretario

1. En el mismo acto por el que disponga la iniciación del procedimiento sancionador, el órgano competente nombrará un Instructor y, en su caso, un Secretario, lo que se notificará al inculcado.

Asimismo, *podrá adoptar las medidas de carácter provisional que motivadamente juzgue necesarias para asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer. No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de los derechos amparados por las leyes.*

Corresponde a la Dirección General correspondiente la apertura de los expedientes sancionadores y la adopción de las medidas provisionales en seno todos los expedientes sancionadores abiertos, siendo este órgano al que se alude como “consejería competente” para esta habilitación. (2)

Otro asunto distinto y que el procedimiento sancionador general no alude es la adopción de las medidas provisionales urgentes adoptadas fuera del procedimiento sancionador y para el que existe la habilitación necesaria en el artículo 98.

El tenor del texto es el mismo que se establece para las medidas dentro del procedimiento, “la consejería competente”, lo que ocurre es que en esta ocasión no resulta posible integrar en otras disposiciones concretas este órgano.

Por lo cual habrá que dicho precepto establece para este caso una habilitación genérica que deberá concretarse de manera reglamentaria u orgánica en las estructuras que ordenan a los órganos administrativos de los respectivos gobiernos.

Considerando que en ninguna de las disposiciones aludidas se ha encontrado titular expreso de esta habilitación para dictar las medidas provisionales de urgencia, viene de suyo que es una atribución genérica que se reserva el titular de las competencias en materia forestal.

El segundo de los aspectos que es necesario tener presente en la adopción de las medidas provisionales es la discrecionalidad del titular de la consejería competente de adoptarlas o no, dejando claro el precepto “podrán adoptar”. Llama la atención que la otra habilitación de medidas de suspensión establecidas en el artículo 40 sea de carácter obligatorio, sobre todo debido a la causa tasada de su ámbito de aplicación.

El tercero de los aspectos a tener en cuenta para la adopción de las medidas cautelares con carácter de urgencia es la especial motivación, proporcionalidad que las mismas, al afectar directamente a los derechos de las

personas sobre las que recaen y sobre todo la emisión de los mismos inaudita parte.

Traemos a colación en este momento varios fundamentos jurídicos al respecto y que constan ya en el repertorio jurisprudencial del presente trabajo:

[...] la adopción de la medida provisional inaudita parte requiere una específica motivación que exteriorice no sólo la procedencia de la medida y su justificación desde la perspectiva de salvaguardia del interés general y la protección de los bienes jurídicos concernidos, sino también la necesidad de prescindir del trámite de audiencia por existir una situación de inaplazable urgencia, esto es, de emergencia, que exige la adopción inmediata e inaplazable de la medida provisional, pues, si no existe esa situación de emergencia, lo procedente es oír a la parte afectada antes de acordar una medida provisional que al fin y al cabo repercutirá desfavorablemente sobre su esfera de intereses personales y patrimoniales.

FJ 2º STS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION 5º 20 MARZO 2012

[...] El precepto contenido en los artículos 136 de la Ley 30/1992 y 15.1 del Reglamento, aprobado por Real Decreto 1398/93, es categórico en cuanto exige una específica motivación que justifique la adopción de la medida de carácter provisional, de manera que no basta, para cumplir con el deber de motivar la medida cautelar, expresar los hechos constitutivos de la infracción, su calificación y las posibles sanciones, sino que es necesario explicar y exponer las razones por las que se acuerda la medida provisional...

[...] en el que se autoriza al órgano que incoa el procedimiento y al instructor para que adopten medidas provisionales cuando así venga requerido por inaplazables razones de urgencia y mediante acuerdo motivado, condiciones que en este caso no se cumplieron, de manera que la medida provisional acordada lo fue con infracción de los aludidos preceptos y, por consiguiente, es contraria a derecho y debió ser anulada por la Sala de instancia de acuerdo con lo establecido concordadamente en los artículos 63.1 de la Ley 30/1992, 70.2 y 71.1 a) de la Ley de esta Jurisdicción.

FJ 1º

[...] Este segundo motivo de casación debe también ser estimado porque, al no ser automática la medida cautelar y comportar la alteración de una situación de hecho, el afectado por la misma debió ser previamente oído, dándole la oportunidad de aportar las pruebas tendentes a demostrar la improcedencia de la misma o los perjuicios que le pudiese causar. La necesaria audiencia previa aparece directamente relacionada con el deber de motivar la medida, que sólo por razones de inaplazable urgencia cabría adoptar inaudita parte, pero siempre mediante explícita justificación, de la que, según hemos señalado en el fundamento anterior, carece la decisión impugnada, en contra de lo establecido categóricamente en los citados artículos 136 de la Ley 30/1992 y 15 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1398/93

FJ 1º Y 2º STS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION 5º 15 JULIO 2008

La esencia de estas reflexiones jurídicas recae en que la adopción de una medida provisional urgente “*inaudita parte*” requiere una específica motivación que exteriorice no sólo la procedencia de la medida y su justificación desde la perspectiva de salvaguardia del interés general y la protección de los bienes jurídicos concernidos, sino también la necesidad de prescindir del trámite de audiencia por existir una situación de inaplazable urgencia, esto es, de emergencia, que exige la adopción inmediata e inaplazable de la medida provisional

Como la última reflexión sobre la aplicación de este precepto es la necesidad de adoptar la resolución adecuando la actuación a los principios indicados en la parte general del presente trabajo.

Sobre la adopción de las medidas cautelares en el seno del procedimiento administrativo sancionador que habilita la segunda parte del artículo 98 basta con concluir lo indicado en el párrafo anterior.

5.3 El decomiso.

Uno de los cambios profundos con relación al ordenamiento anterior, a la sazón el Reglamento de Montes de 1962 lo encontramos en el tratamiento del decomiso.

Se trata de la apropiación por parte de la Administración tanto de los elementos utilizados para cometer la infracción como de los productos o bienes obtenidos de la ejecución de la misma.

Con la regulación anterior el decomiso tenía su propia sustantividad y no estaba incluido sistemáticamente en ninguna otra institución jurídica, tal y como se desprende de su tenor en los artículos 464 a 468 del citado reglamento.

En la actualidad y de mano del legislador estatal el decomiso se incluye en la esfera de las medidas cautelares como una de las posibles a adoptar en caso de infracción.

En la configuración que el legislador básico de la Ley 30/1992 del RJAPPAC establece la necesidad de que sea una norma legal la que habilite a la administración la adopción de estas medidas y la enumeración de las mismas.

Pues bien la Ley 43/2003 de Montes establece en el artículo 68 un precepto abierto “las que se estimen necesarias” y un precepto expreso “incluyendo el decomiso”; sometiendo a esta última institución a la regulación de las medidas cautelares.

Pues si bien el tenor de la ley estatal no es malo en su formulación, si lo es el de desarrollo de la Ley del Principado de Asturias, ya que al someter las medidas cautelares a un procedimiento distinto, que es el diseñado en el artículo 98, somete de lleno el decomiso al mismo, reservando la realización del mismo al órgano competente y arrebatando de las manos a los agentes de la autoridad que contempla la Ley del Estado, propiciando suma complejidad a su articulación.

5.4 La Instrucción GMN 1/2007

Corresponde finalizar este repaso de la institución de las medidas provisionales en el sector normativo de los montes haciendo un somero análisis de la Instrucción GMN 1/2007 emanada por el órgano competente en materia forestal en esta época en el que se describe un procedimiento interno para el tratamiento de las denuncias formuladas solo por la Guardería del Medio

Natural del Principado de Asturias y entre otros de la adopción de las medidas cautelares.

En este documento de carácter exclusivamente interno, ya que las instrucciones emanadas al amparo del artículo 21 de la Ley 30/1992 de RJAPPAC no tienen la consideración de disposición de carácter general y por lo tanto no se incluyen como fuente del derecho ni forman parte del ordenamiento jurídico.

Esta instrucción describe los procedimientos a seguir por los Guardas del Medio Natural adscritos al órgano forestal para la realización de denuncias a los particulares que realizan una infracción a los montes contenidas en la ley; establece sin justificación precisa un procedimiento distinto para las infracciones realizadas por otras administraciones públicas u órganos administrativos limitando la actuación a la emisión de un acta de inspección; y al final establece un modelo de acta para la adopción de medidas cautelares.

Este modelo de acta lo podemos calificar de confuso, ya que se compone de una serie de actividades a elegir por el Guarda del Medio Natural que no se concilian con la habilitación que disponen los mismos en materia de adopción de medidas cautelares.

La habilitación a los Guardas del Principado de Asturias se limita a la suspensión de las actividades relacionadas con los aprovechamientos forestales y plasmada en el artículo 40 de la Ley.

Ya se ha indicado anteriormente estas actividades, pero en el apartado denominado “proceden a inspeccionar” encontramos actividades como “pastoreo, realización de obras, acampadas...”

La mencionada instrucción no establece distinción alguna de los procedimientos habilitados en la Ley llevando a la confusión a las personas que deben utilizarlas.

Podría existir una delegación por parte del titular de la competencia a la Guardería del Medio Natural al objeto de que sean estos quien adopten las medidas provisionales habilitadas en el artículo 98, pero para ello necesario que se dicte una delegación de competencias expresa acatando las reglas que para las mismas establece el artículo 13 de la Ley 30/1992 RJAPPAC; no siendo legalmente posible que lo contenido en la Instrucción GMN 1/2007 cubra las exigencias legales que establece el mencionado artículo de dicho cuerpo legal.

Además de lo anterior tampoco sería válida la emisión de un simple Acta como el que establece la Instrucción, ya que habría que acudir a una Resolución administrativa que cumpla todos los requisitos ya dichos de **motivación**, proporcionalidad, actuación mínima..., requisitos que no cumple el acta del anexo V.

Entiendo que el sistema de la delegación de competencias sería el método jurídico más adecuado, aunque complejo tanto para el respeto de los derechos de los ciudadanos como para la seguridad jurídica de la administración y sus agentes de la autoridad.

Lo indicado para la adopción de las medidas es plenamente valido para el decomiso por lo indicado en el epígrafe anterior.

En la actualidad tanto la indefinición aparente del precepto legal como la confusa redacción de la Instrucción que disciplina el proceso formal de los expedientes hace que desde el punto de vista legal nos encontremos con un sistema caótico que confunde a los funcionarios que deben aplicar la norma y obstruye a los ciudadanos de la seguridad jurídica necesaria para la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

6. Normativa en espacios naturales y espacios protegidas

Tradicionalmente la legislación sobre Espacios Naturales Protegidos y Especies Amenazadas han venido unidas en los distintos cuerpos legales, separando los designios de cada uno en el desarrollo de la normativa reglamentaria.

En la actualidad nos encontramos con una normativa básica estatal que disciplina ambas materias en la Ley 42/2007 de 13 de diciembre de Patrimonio Natural y Biodiversidad que regula parcialmente en nuestra comunidad autónoma los espacios naturales protegidos denominados de nuevo cuño (Reserva de la Biosfera y ZEPA), quedando subsistente la vieja Ley 5/1991 de 5 de abril de Espacios Naturales Protegidos del Principado de Asturias, que se limita a disciplinar los espacios naturales tradicionales (Parques, Reservas, Monumentos y Paisajes); ya que la ley básica estatal no se ocupó de estos espacios dejando su regulación al desarrollo del legislador autonómico.

Pues aunque ambas leyes diseñan un conjunto de infracciones administrativas por incumplimientos a ellas mismas, no han previsto norma procedimental alguna para la articulación de los diferentes procedimientos administrativos sancionadores que pudieran dar lugar por su incumplimiento.

Antes de continuar con la determinación del proceso de las medidas provisionales aplicables a las vulneraciones de los preceptos contenidos en los textos legales antes comentados, resulta necesario establecer la prelación entre las normas generales y las normas especiales en materia de Espacios Naturales Protegidos, ya que en su articulación normativa las leyes especiales de Espacios Naturales, desplazan e inaplican a las demás normas sectoriales en materias que ambas regulan.

Para observar lo expuesto acudiremos a alguna de las leyes de declaración de los Parques Naturales del Principado y observaremos un precepto como el que se acompaña.

Artículo 9 Ley 2/1988 de declaración del Parque Natural de Somiedo.

El incumplimiento o infracción de las normas reguladoras del régimen especial de protección del Parque será sancionado de acuerdo con lo que dispone la legislación de espacios naturales protegidos y sobre el régimen del suelo y ordenación urbana y demás disposiciones específicas aplicables. Los infractores estarán obligados en cualquier caso a reparar los daños causados y a restituir los lugares alterados a su situación inicial.

De lo dispuesto en el anterior precepto se puede inferir que cuando las disposiciones reguladoras disciplinen instituciones que a la vez estén reguladas en el resto de normativa sectorial, serán de aplicación las disposiciones en materia de Espacios Naturales desplazando e inaplicando la legislación sectorial.

Visto lo anterior continuaremos con el desarrollo de la institución jurídica de las medidas provisionales en la legislación de Espacios Naturales y Especies Protegidas.

Como ya se anticipó en los párrafos anteriores ni la normativa básica estatal ni la de desarrollo propio de la comunidad autónoma ha previsto en sus textos legales la previsión de la adopción de medidas provisionales antes actos constitutivos de hechos que puedan subsumirse en una infracción en ellas mismas prevista.

Para llenar esa laguna legal en el caso de la normativa más antigua y previendo su existencia la Ley del Patrimonio Natural y Biodiversidad nos encontramos con la Ley 26/2007 de 23 de octubre de Responsabilidad Medioambiental.

No es esta sede la adecuada para hacer referencia al objeto de la presente ley, pero tendremos que integrar lo contenido en su articulado para habilitar a las distintas administraciones públicas a adoptar las medidas provisionales necesarias en el caso de infracciones a espacios naturales o especies protegidas.

6.1 La aplicación de la Ley de Responsabilidad ambiental.

Para ello traemos a colación el precepto que transcribimos a continuación:

Artículo 6 Concurrencia entre la responsabilidad medioambiental y las sanciones penales y administrativas

2. En los supuestos de concurrencia de responsabilidad medioambiental con procedimientos penales o sancionadores se aplicarán las siguientes reglas:

b) Esta ley se aplicará, en todo caso, a la adopción de medidas de prevención y de evitación de nuevos daños, por parte de todos los operadores de actividades económicas o profesionales, con independencia de la tramitación de los restantes procedimientos.

Artículo 17 Obligaciones del operador en materia de prevención y de evitación de nuevos daños

1. Ante una amenaza inminente de daños medioambientales originada por cualquier actividad económica o profesional, el operador de dicha actividad tiene el deber de adoptar sin demora y sin necesidad de advertencia, de requerimiento o de acto administrativo previo las medidas preventivas apropiadas.

2. Asimismo, cuando se hayan producido daños medioambientales causados por cualquier actividad económica o profesional, el operador de tal actividad tiene el deber de adoptar en los mismos términos las medidas apropiadas de evitación de nuevos daños, con independencia de que esté o no sujeto a la obligación de adoptar medidas de reparación por aplicación de lo dispuesto en esta ley.

De no desaparecer la amenaza de daño a pesar de haberse adoptado las medidas de prevención o de evitación de nuevos daños, el operador lo pondrá en conocimiento inmediato de la autoridad competente.

Artículo 18 Potestades administrativas en materia de prevención o de evitación de nuevos daños

La autoridad competente, cuando considere que existe amenaza de daños o de producción de nuevos daños, podrá adoptar en cualquier momento y mediante resolución motivada dictada de conformidad con lo establecido en el capítulo VI, cualquiera de las siguientes decisiones:

- a)** *Exigir al operador que facilite información sobre toda amenaza inminente de producción de daño medioambiental cuando existan indicios de que va a producirse.*
- b)** *Exigir al operador que adopte inmediatamente las medidas encaminadas a prevenir y a evitar tales daños y requerir su cumplimiento.*
- c)** *Dar al operador instrucciones de obligado cumplimiento sobre las medidas de prevención o de evitación de nuevos daños que deba adoptar o, en su caso, dejar sin efecto.*
- d)** *Ejecutar a costa del sujeto responsable las medidas de prevención o de evitación cuando concurran las circunstancias previstas en los artículos 23 y 47.*

Nos encontramos ante los preceptos más elaborados de todos los estudiados hasta el momento, ya que establece el reparto de las responsabilidades entre los autores de los daños o riesgos y los distintos órganos administrativos competentes, so pena de sanciones pecuniarias por el incumplimiento de estas obligaciones.

Existe un caso similar de sanción por incumplimiento de las medidas provisionales expresas contemplado en la Ley 3/2004 de Montes, a todas luces de bastante menos calado que las indicadas en esta norma.

Como conclusión de la adopción de las medidas provisionales en materia de Espacios Naturales Protegidos y Especies Protegidas tenemos como norma de aplicación los preceptos contenidos en la Ley de Responsabilidad Ambiental.

Dicho texto legal diseña un procedimiento de responsabilidad directa en adoptar medidas de evitación de daños o riesgos a los promotores de las actividades, generando responsabilidad administrativa cuando dichos actores no adopten estas medidas y se prevé un procedimiento subsidiario de lo anterior al objeto de que los órganos competentes en las diferentes materias reguladas en esta Ley puedan adoptar las medidas provisionales que sean necesarias para evitar tanto el daño, su continuación o el riesgo.

7. Normativa en impacto ambiental

En materia de Impacto Ambiental nos encontramos en el Principado de Asturias con dos normas de origen distinto.

La más antigua proviene del texto por el que se aprueba el PORN, el cual establece un novedoso procedimiento de Evaluación Preliminar de Impacto Ambiental (EPIA) para un listado de proyectos de escasa entidad. En esta disposición no se contempla procedimiento sancionador alguno ni medidas provisionales aplicables al incumplimiento de sus preceptos, dejándolo estas medidas a las normas sectoriales que sean de aplicación a cada proyecto.

La normativa de impacto ambiental ha experimentado a lo largo de los últimos diez años un desarrollo y novación de la misma en al menos tres ocasiones y con una profundidad importante, debido casi siempre a la influencia de Directivas Comunitarias que es obligatorio trasponer al ordenamiento jurídico interno.

La legislación actual la encontramos en la Ley 21/2013 de 9 de diciembre de evaluación de ambiental, que aunque no está en vigor en las Comunidades autónomas por tener un año de vacatio legis es la que nos vamos a referir en esta sede.

La norma ante la que nos encontramos presenta en su título III y capítulo III un verdadero código sancionador, que legaliza de forma completa el procedimiento sancionador, hurtando a mi juicio a la potestad reglamentaria esta competencia; estableciendo todos y cada uno de los actos administrativos con un detalle impropio de una norma con rango de ley.

Sea como fuere no es menos el detalle con que disciplina el procedimiento de adopción de las medidas provisionales dentro del capítulo sancionador con el tenor siguiente:

Artículo 59. Medidas de carácter provisional.

1. El órgano competente para la instrucción del procedimiento sancionador, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas provisionales imprescindibles con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionador, con los límites y condiciones establecidos en el artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y demás normativa aplicable.

2. Una vez iniciado el procedimiento sancionador, el órgano competente para resolver, de oficio o a requerimiento del órgano ambiental, podrá en cualquier momento y mediante acuerdo motivado, acordar la suspensión de la ejecución del proyecto y adoptar otras medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer.

Como se puede apreciar establece la dualidad de procedimientos según se adopten dentro del procedimiento iniciado o se dictan de manera previa a la apertura de dicho procedimiento.

Al tratarse de una norma de carácter básica no detalla quien será concretamente los órganos encargados en la Administración del Principado de

Asturias, pero si establece claramente los órganos que actuarán en caso de urgencia, esto es, previamente a la apertura del procedimiento o dentro ya de un procedimiento iniciado mediante la providencia correspondiente.

Visto lo abordado en el presente trabajo no queda más que evidenciar la claridad y sencillez de los preceptos que no dejan duda alguna de quien debe actuar en cada momento procedimental.

Al objeto de conocer a que órganos administrativos concretos habría que acudir en el seno de la Administración del Principado tendremos que acudir a las diversas delegaciones de competencias dictadas en esta caso por la titular de la Consejería de Fomento que es el órgano administrativo que se le han asignado las competencias en materia de Impacto Ambiental, no figurando entre ellas la delegación de los actos administrativos a los que nos referimos en este texto.

Bibliografía

Ley 30/1992 de 26 de noviembre de RJAPPAC. Ed. La Ley 2012.

Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionador. Ed. La Ley 2012.

Decreto 21/1994 de 2 de abril por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento Sancionador General en el ámbito de la Administración del Principado de Asturias. Base de Datos "laleydigital.es"

Ley 2/1989 de 6 de junio de Caza del Principado de Asturias. Base de Datos "laleydigital.es"

Ley del Principado de Asturias 6/2002, de 18 de junio, sobre protección de los ecosistemas acuáticos y de regulación de la pesca en aguas continentales. Base de Datos "laleydigital.es"

Ley 3/2004 de 23 de noviembre de Montes y Ordenación Forestal del Principado de Asturias. Base de Datos "laleydigital.es"

Ley 5/1991 de 5 de abril de Espacios Naturales Protegidos del Principado de Asturias. Base de Datos "laleydigital.es"

Ley 42/2007 de 13 de diciembre de Patrimonio Natural y Biodiversidad del Estado. Base de Datos "laleydigital.es"

Ley 21/2013 de 9 de diciembre de evaluación de ambiental. Base de Datos "laleydigital.es"

Procedimientos actos y Recursos: Cuestiones prácticas. Ed. Colex. Autor Linde Paniagua E

Derecho Administrativo I. Autor Ramón Parada Vázquez. Ed. Marcial Pons.

Manual Básico de Derecho Administrativo. Ed Tecnos. Autores Gamero Casado E y Fernández Ramos S.

Jurisprudencia de la jurisdicción contencioso-administrativa de los distintos órganos judiciales obtenida de la Base de Datos "laleydigital.es" y Aranzadi Máster.

Las Circulares Normativas de las AA.PP. Ed Tirant Monografias 205. Autor: Morote Sarrión. Jose V

