

LECCIÓN 6 LA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA¹

Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario:

- 6.1. La autotutela y el principio de legalidad.*
- 6.2. Autotutela y heterotutela. Fundamentos de la autotutela.*
- 6.3. Las clases de autotutela: En especial, la autotutela declarativa y ejecutiva*
- 6.4. El control judicial de la actividad administrativa y sus manifestaciones: Consideraciones sobre la tutela cautelar.*

6.1. LA AUTOTUTELA Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

§ 108. En las lecciones anteriores se ha examinado el **principio de legalidad** desde distintas perspectivas, profundizando en él. Se ha podido comprobar así, cómo la relación de la Administración con el Derecho responde a una lógica muy distinta –con todos los matices que se han recogido– en lo sustancial a la que inspira las relaciones de los particulares con el ordenamiento jurídico. Para éstos es un límite de su inicial libertad, para la Administración es el fundamento de su actuar. La Administración no puede prescindir en su actuar de ese servicio con objetividad a los intereses generales.

La Administración cuando actúa hace lo que debe, pues el servicio con objetividad a los intereses generales es siempre un deber. El particular hace lo que quiere –lo que le da la gana– con el único límite de las normas que le pongan restricciones a esa posición inicial de libertad.

Todo ello puede contribuir a retener una impresión de la Administración como menos libre que el ciudadano y, precisamente por menos libre, con menos poder. Esa idea es correcta si nos lleva a concluir que la arbitrariedad (o el capricho) está excluida, por naturaleza, del actuar administrativo, a diferencia del ciudadano para el que su voluntad –e incluso en ocasiones su capricho– no tiene más límite que su propia ética cuando no encuentra una norma legal que le impone otros límites.

Ahora bien, esa impresión no significa que la Administración no esté dotada de **formidables poderes** que la distinguen del ciudadano y permiten configurarla y entenderla como una «*potentior persona*», como una persona más poderosa de lo que lo

¹ Actualizado en febrero de 2014.

son los ciudadanos. Hasta ahora hemos examinado una de las «instituciones básicas del Derecho administrativo», como es el principio de legalidad, que puede haber dado la impresión de una Administración, de una persona tan sometida y aherrojada por el Derecho que pareciera que tiene menos libertad y menos poder que los ciudadanos.

Y en alguna medida es así (en su forma de someterse al Derecho), sólo que no nos haremos una imagen cabal y completa de la Administración si no advertimos que ese sometimiento pleno a la Ley y al Derecho lo es sin perjuicio de que se le atribuyen formidables poderes en todos los campos y sectores de la acción pública. Poderes de los que, desde luego, carece cualquier ciudadano. Poderes que podríamos llamar así exorbitantes, en cuanto excesivamente superiores a los que estos últimos tienen.

Pues bien, una de las instituciones que contribuye a darnos una idea más justa de la posición real de la Administración y de sus poderes es la de **la autotutela**.

A través de ella se observa cuáles son esos poderes que hacen que la Administración sea capaz de comportarse en su actuar de forma muy distinta a como lo hacen los ciudadanos, de modo que si éstos nunca pueden tomarse la justicia por su mano, aún cuando tenga la razón de fondo, la Administración es capaz de imponer su voluntad e incluso de ejecutarla sin necesidad de acudir a los jueces y tribunales para imponer sus decisiones.

En tanto que los ciudadanos han de acudir a un tercero (heterotutela) –como es el caso de los Jueces y Tribunales–, para tutelar y hacer valer –reconocer o ejecutar– sus derechos, la Administración puede, por sí misma (autotutela) establecer lo que es conforme a Derecho, declararlo, imponer unilateralmente derechos y obligaciones a los ciudadanos y hacerlos ejecutar sin necesidad de acudir a un tercero –a los Jueces y Tribunales–. Todo ello lo hace por sí misma.

La institución de la autotutela nos muestra, así, una dimensión distinta a la que nos ofrecía la institución del principio de legalidad. Nos muestra la cara poderosa y exorbitante de la Administración.

§ 109. No debe pensarse, sin embargo, que se trata de principios o instituciones contrapuestas y, menos aún, que **la autotutela** sea una especie de negación del principio de legalidad.

En realidad los privilegios que la autotutela comporta para la Administración están todos ellos basados en la Ley que los consagra. En ese sentido **la autotutela se funda también en la legalidad**, como no podía ser de otra manera. Lo que ocurre es que nos

muestra la Administración desde una perspectiva nueva y, definitivamente, nos muestra la imagen de una persona poderosa. Por qué ello es así y por qué lo quiere el ordenamiento es lo que ha de verse en el apartado siguiente. Baste ahora con retener que el principio de legalidad y el “principio” de autotutela –o la institución de la autotutela– no son principios contrapuestos, sino principios o instituciones que contemplan la realidad del ordenamiento administrativo desde perspectivas diferentes: el primero lo contempla desde la perspectiva del modo cómo la Administración se somete al Derecho; el segundo lo contempla desde la perspectiva del modo cómo la Administración se relaciona con la justicia y con los ciudadanos.

Por otra parte, como luego se verá, el hecho de que la Administración se beneficie de la autotutela no significa que su actuación no esté sujeta, en último término, al **control de los Tribunales**. Significa sólo que las normas y actos administrativos se presumen legítimos y por tanto son, por eso mismo, ejecutivos y susceptibles de ejecución forzosa. Ahora bien ello no excluye que a la postre haya de ser el Poder Judicial quien tenga la última palabra sobre sí, en efecto, la actuación administrativa se ajusta a Derecho.

La Administración tiene así una **ventaja posicional**, en el sentido de que coloca a los ciudadanos en la posición de ser los recurrentes ante los Tribunales contra sus decisiones y normas que se presumen legítimas. Como es evidente la posición de demandado es siempre más cómoda, aparte de otorgarle la ventaja de que, si no hay impugnación ante los Tribunales, sus actos devienen firmes y, en principio, inatacables.

Un aspecto importante a no perder de vista consiste en que la autotutela de que disfruta la Administración en sus actuaciones sujetas a Derecho Administrativo, no la ejerce en defensa de intereses propios, sino en **defensa de los intereses generales**. Cuando ejercer sus potestades de autotutela no está aprovechándose de las mismas para ser juez y parte en defensa de sus intereses particulares o privativos, sino que lo hace al servicio siempre de intereses ajenos, que no son otros que los intereses generales a los que siempre ha de servir la Administración.

6.2 AUTOTUTELA Y HETEROTUTELA. LOS FUNDAMENTOS DE LA AUTOTUTELA

§ 110. **Autotutela y heterotutela** designan dos modos distintos de relacionarse una persona con los Jueces y Tribunales.

El concepto de **autotutela** expresa que es la persona misma quien provee a la declaración, defensa, conservación y ejecución de derechos, actos, declaraciones o actuaciones en general.

Por su parte el concepto de **heterotutela** expresa que la declaración, defensa, conservación y ejecución de los derechos de cada uno no le quedan encomendados a su propio titular, sino que debe acudir a un tercero, a un órgano del Estado y más concretamente del Poder Judicial, para solicitar que el mismo declare sus derechos, adopte medidas para su protección o los haga ejecutar o realizar.

En un caso (autotutela) no se acude a nadie ajeno a la misma persona de cuyos derechos, acciones o potestades se trata², y en otro (heterotutela), por el contrario, es preciso acudir necesariamente a un tercero –al Poder Judicial– para impetrar su auxilio para la declaración, defensa, conservación, aseguramiento o realización del derecho del que demanda tal auxilio.

§ 111. Un principio consustancial con la idea de Estado, al menos tal como se entiende en lo que denominamos frecuentemente como mundo occidental, es la reserva al **Estado del monopolio de la fuerza**. En realidad una de las conquistas del Estado moderno es la superación de un visión del mundo basada en la legitimidad de la defensa por cada uno de sus bienes e intereses propios e incluso en la utilización de la fuerza y de medios humanos y materiales para conseguirlo.

Esa renuncia al uso de la fuerza que apenas tiene excepciones, implica como contrapartida que alguien ha de garantizar la defensa y buen fin de los derechos de los ciudadanos. Ese alguien es el Estado que asume de distintas formas esa garantía. En lo que se refiere a la garantía de los derechos de los particulares, es el Poder Judicial el que recibe la encomienda, como poder del Estado, de decidir lo que es derecho en cada caso y hacerlo ejecutar; es el poder de ejercer, por tanto, funciones jurisdiccionales (*iuris-dictio*); es decir declarar el derecho en los casos concreto.

² Si bien no debe olvidarse que dichos derechos y potestades que se reconocen a las Administraciones Públicas no los tiene en interés propio de la Administración o del aparato administrativo, sino para la satisfacción de los intereses generales.

El legislativo establece las normas generales, pero no las aplica a casos concretos. Es el Poder Judicial el que da la respuesta en cada caso a la cuestión de a quién asiste la razón y por tanto quién tiene derecho a algo y quién queda obligado a algo.

No puede concebirse, por tanto, un Estado sin reserva del monopolio del uso de la fuerza, pero tampoco puede concebirse que en tal Estado los individuos queden despojados de toda posibilidad de hacer valer sus derechos impetrando el auxilio de alguien.

Si la renuncia al uso de la fuerza es algo consustancial a la esencia misma del Estado, también lo es que el Estado ponga los medios para que los ciudadanos puedan hacer valer sus derechos ante los órganos judiciales, que están, así, obligados a ejercer indeclinablemente su función jurisdiccional, que comprende tanto declarar el derecho - decir el derecho (*iuris-dictio*)- como realizarlo o ejecutarlo. Eso lo expresa con el máximo rango el [artículo 117.3](#) de la Constitución al reservar en exclusiva al Poder Judicial la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

§ 112. Son muy contados los casos en los que el ordenamiento jurídico permite el **uso de la fuerza directo** en defensa de los propios bienes o derechos o, sin que exista propiamente uso de la fuerza, la realización del propio derecho por los particulares. No obstante algún caso sí hay.

En el **ámbito del Derecho Penal** constituyen eximentes y, por tanto, quedan libres de responsabilidad ([art. 20 de la Ley Orgánica 10/1995](#), de 23 de noviembre, del Código Penal):

«4º. El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

5º. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse».

Como es evidente en esos casos la actuación en defensa propia o en estado de necesidad implica una actuación que supone un mal para un tercero y que, sin embargo, por la excepcionalidad del caso no merece reproche alguno del ordenamiento, cuando se dan las circunstancias previstas en la norma; lo que a posteriori deberá apreciar un Tribunal.

También en **el ámbito civil** existen casos en los que la actuación en defensa del propio derecho no tiene consecuencias para el que actúa sin esperar la decisión de un juez. Así ocurre en el caso de la prenda -objeto (ya sea un bien o dinero metálico) entregado en garantía del cumplimiento de una obligación- que el acreedor puede retener legítimamente en caso de que el deudor incumpla sus obligaciones, sin esperar a que un juez le autorice a tal retención. Lo mismo sucede con la llamada *exceptio non adimpleti contractu* en cuya virtud la parte cumplidora de un contrato puede negarse a seguir cumpliendo sus obligaciones mientras la parte incumplidora no cumpla con las suyas -pagar la parte de la obra que la parte cumplidora ha realizado-, sin necesidad de esperar la decisión del juez declarando que puede no cumplir sus obligaciones a la vista del incumplimiento de la otra parte.

Pero, en todo caso, se trata de casos muy singulares en los que el propio ordenamiento prevé su posibilidad y en los que concurren circunstancias muy particulares. De cualquier forma, y salvo en los supuestos de las eximentes del Código Penal, en los demás casos citados no hay siquiera acto de fuerza sobre otra persona para realizar el propio derecho, sino retención de algo que ha sido dado en prenda o no realización de un hacer por la parte cumplidora en el caso de la *exceptio non adimpleti contractu*.

Sin perjuicio de esas excepciones la regla general es la de que **nadie puede tomarse la justicia por su mano**, ni realizar el propio derecho, sino que debe acudir a los Jueces y Tribunales para defenderlos y hacerlos efectivos. En primer lugar para que declaren su derecho y en segundo lugar para que lo hagan ejecutar.

§ 113. Pues bien, frente a esa norma general que responde a la esencia misma del Estado, nos encontramos con que **la Administración Pública no actúa sujeta a la misma gracias a la autotutela**. Ésta puede declarar unilateralmente lo que es derecho e imponer

obligaciones y reconocer derechos con fuerza ejecutiva y sin esperar a que un Tribunal decida si la decisión administrativa es correcta y ajustada a Derecho.

La Administración **no tiene así que acudir a un Tribunal** para denegar una licencia de construcción a un individuo que pretende construir en terrenos de su propiedad y que considera, por eso mismo, que tiene derecho a hacerlo. Incluso si el propietario inicia la construcción, porque cree que en su propiedad puede hacer lo que quiera sin lesionar a nadie, se encuentra con que la fuerza pública puede pararle la obra iniciada. Y todo ello puede suceder sin que un solo juez haya intervenido. Es la propia Administración la que decide si tiene derecho a construir y la que paraliza la obra sin acudir al juez.

Es también la Administración la que, tras el oportuno expediente impone una sanción de tráfico y coloca al individuo en la condición de obligado a pagarla si la resolución que la impone ha agotado la vía administrativa; le coloca así en la tesitura de tener que impugnar la resolución sancionadora ante los Tribunales, pues de otro modo la sanción impuesta por la Administración será firme e inatacable.

Obsérvese que estamos hablando de actos unilaterales de la Administración que **obligan a reaccionar** al individuo y acudir a los Tribunales, pues de otra forma no podrá hacer nada para evitar pagar la multa impuesta o tendrá muchas dificultades para llegar a construir en su terreno al haber consentido el acto denegatorio de la licencia.

Los ejemplos pueden multiplicarse, pues la Administración actúa sujeta a unas reglas bien distintas de las que deben cumplir los individuos en todos los sectores de la acción pública, de tal forma que la relación de los particulares con la justicia es diametralmente opuesta a la que rige la actuación de la Administración.

§ 114. Hablamos de la autotutela como institución -también podría hablarse como principio- pero, en realidad, estamos ante un término **construido por la doctrina**, y más concretamente por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, que ha hecho fortuna por su capacidad explicativa de unas características propias de la actuación administrativa. También por su capacidad para explicar de forma unitaria una serie de rasgos de dicha actuación de la Administración que, antes, sólo se podían captar de forma dispersa y sin el grado de conexión que guardan todos esos rasgos.

Merced a esa construcción doctrinal se pueden comprender y explicar de forma unitaria y conjunta dichos fenómenos y marcar las diferencias que hay entre la

Administración-persona jurídica y las demás personas físicas y jurídicas que no son Administración pública.

Señalar aquí el carácter doctrinal de la construcción, a la vez que destaca el mérito del citado profesor en su construcción, nos debe poner sobre aviso de que no encontraremos ni en la Constitución, ni en la normativa administrativa esencial ([LRJPAC](#) y [LICA](#)) un precepto que utilice la expresión. Por otra parte debe advertirnos de no llevar las cosas más allá del alcance que debe tener el principio de acuerdo con lo que se recoge en los textos legales, así como tampoco puede hacernos perder el sentido crítico en relación con los límites de la autotutela y su justificación³.

Al margen del origen doctrinal del término siempre ha habido **preceptos legales** que han determinado la posición singular de la Administración que, después, la doctrina caracterizaría como autotutela y que puede decirse que han existido desde siempre. En efecto, son varios los preceptos legales que determinan los rasgos que permiten hablar del principio de autotutela. Los más evidentes y los que, por otra parte, tienen tradición en nuestro Derecho son los artículos [56](#), [57](#), [93](#), [94](#) y [95](#) de la LRJPAC⁴.

³ Para una aproximación crítica, todavía minoritaria, puede verse S. MUÑOZ MACHADO: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo I, Ed, Iustel pp. 622 a 627; también A. SANCHEZ BLANCO: «Derecho Administrativo III: Actos, Contratos y Garantías. La Actividad Administrativa. La Ejecutoriedad de los actos administrativos», Base del Conocimiento Jurídico, Iustel.

⁴ *Artículo 56. Ejecutividad.*

Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.

Artículo 57. Efectos.

1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

2. La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior.

3. Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.

(...)

Artículo 93. Título.

1. Las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico.

2. El órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa.

Artículo 94. Ejecutoriedad.

Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los artículos 111 y 138, y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.

Artículo 95. Ejecución forzosa.

Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales”.

Son ellos los que han configurado en preceptos positivos la posición singular de la Administración respecto a la Justicia que permite hablar de autotutela en cuanto otorgan un valor y una eficacia a los actos de las Administraciones Públicas del que carecen los actos de los particulares. Se trata, por otra parte, de preceptos que, aunque incorporados a la LRJPAC en el año 1992, recogen una tradición de siglos en nuestro Derecho.

Clave a esos efectos es el [artículo 57](#) de la LRJAP-PC, en cuanto que, a la vez que reconoce la eficacia directa de los actos administrativos, expresa la causa de la misma: *«Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa».*

En el mismo sentido debe destacarse el [artículo 95](#) de la LRJPAC cuando dispone que *«Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la **ejecución forzosa** de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales».*

En definitiva son preceptos positivos vigentes –que reproducen, por otra parte, otros anteriores de nuestro Derecho tradicional– los que determinan la posición singular de la Administración pública que la doctrina ha venido a englobar bajo el rótulo de autotutela.

Debe observarse, para terminar de perfilar la Institución que esa cualidad de las actuaciones de las Administraciones públicas se predica exclusivamente de las que están sujetas al Derecho Administrativo, como se preocupan de precisar los artículos 57 y 95 de la LRJPAC. Fuera, por tanto, de dicho ámbito las actuaciones de las Administraciones públicas no sujetas a Derecho Administrativo no se benefician de este régimen especial de ejecutividad y de ejecución forzosa de los actos administrativos.

§ 115. En los párrafos anteriores se ha visto la explicación de la heterotutela como una consecuencia de la renuncia de todos al uso de la fuerza y el monopolio de la misma por parte del Estado. En esa misma dinámica se inscribe, posiblemente, la justificación de la autotutela de la Administración ya que en la misma no nos encontramos ante una persona particular que pretenda recuperar su vieja facultad de tomarse la justicia por su mano, sino, precisamente, ante el Estado mismo, en su

dimensión de Poder Ejecutivo, que, como **tal Estado, no ha renunciado al uso de la fuerza**. Al contrario, ha monopolizado el uso de la misma.

En ese contexto debía verse con naturalidad que, por ejemplo, el orden público fuera controlado e impuesto por las fuerzas del Ejecutivo encargadas del mismo, sin necesidad de que un Juez o Tribunal dijera previamente si la fuerza pública podía cerrar el paso por una calle para celebrar un prueba ciclista, para asfaltarla o disolver una manifestación, etc.

Pero más allá del dato de encontrarnos ante la actuación del Poder Ejecutivo, puede haber otras explicaciones para el hecho de que los actos de la Administración hayan gozado siempre del beneficio de lo que hoy denominamos autotutela. Puede pensarse, por una parte, que ya desde el Antiguo Régimen no se distinguían bien los actos del Rey que se hacían en su condición de titular del **poder de juzgar (el rey-juez) o en la condición de lo que luego sería el poder ejecutivo**. Esa confusión de planos tiene resonancias posteriores al constitucionalismo en la teoría del ministro-juez (DUCROQ), finalmente rechazada por la doctrina (LAFERRIERE y CARRÉ DE MALBERG), en la medida que se afirmaba que no existían diferencias -al resolver en un recurso administrativo una cuestión de Derecho- entre lo que hace el ministro y lo que hace el juez.

Será en todo caso el propio LAFERRIÈRE quien va a reconocer la dimensión práctica de los poderes ejecutivos de la Administración al afirmar que *«la función ministerial quedaría paralizada si el ministro tuviera que retirarse frente a un juez o tuviera que esperar a que éste le llamara, cada vez que su actuación tropezara con una reclamación que invoque un derecho»*.

Pero más allá del debate histórico y doctrinal sobre el fundamento de los poderes de la Administración de dictar actos que se presumen legítimos y que pueden ser ejecutados por medio de la fuerza por la propia Administración, lo cierto es que es nuestra misma Constitución -aunque ni habla de autotutela ni de la ejecutividad de los actos administrativos ni de su ejecución forzosa- la que en el [artículo 106](#) consagra una función de los Tribunales que consiste en controlar *«la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican»*. Esa expresión presupone una **intervención de los Tribunales posterior para controlar algo** que ya se ha producido antes -la actuación administrativa- pues de no ser así se hablaría en otros términos. Si los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa, es porque ésta ya se ha producido y se ha producido con eficacia, pues de otra forma, si la actuación administrativa no fuera eficaz mientras no la controlen los jueces, no

hablaríamos de «actuación» administrativa, sino de propuestas de actuación que estarían a la espera del visto bueno de los jueces.

Por otra parte, está en la propia naturaleza de las cosas y de la separación de poderes, que el **Poder Ejecutivo no sea sustituido por el Poder Judicial**; y tal ocurriría si la actuación de la Administración quedara trabada mientras los Tribunales no declarasen la corrección de dicha actuación administrativa. Así pues, también el principio de separación de poderes justifica que el poder ejecutivo no quede impedido en su actuación en tanto no contase con la aprobación del poder judicial.

Ello no quita que la propia Administración tenga **límites a sus potestades de autotutela**, el más común es la prohibición de ir contra sus propios actos («*venire contra factum proprium nulla conceditur*»): la Administración no puede pretender volver sobre sus propios actos diciendo lo contrario de lo que dijo antes o simplemente modificándolo. Sólo siguiendo el procedimiento de la revisión de oficio previsto en el [artículo 102](#) podrá pretender declarar la nulidad de sus propios actos.

Son muchos, pues, los fundamentos que pueden invocarse en apoyo del principio de autotutela de los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo, y ello con independencia de que desde el punto de vista del Derecho positivo tal principio esté plenamente consagrado en los artículos de la LRJPAC que se han señalado más arriba. Ello no quita que, además de los preceptos positivos señalados, se deban hacer consideraciones, como se han hecho aquí, en la perspectiva del fundamento constitucional de la autotutela que siempre conviene tener presente⁵ aparte de las normas positivas que la amparan.

6.3. LAS CLASES DE AUTOTUTELA: EN ESPECIAL AUTOTUTELA DECLARATIVA Y EJECUTIVA

§ 116. Aunque hasta ahora hemos venido hablando de la autotutela de forma general hemos también ido adelantando distintos **tipos o formas de autotutela**. A los efectos de tener de antemano una visión completa de las distintas manifestaciones de la

⁵ Ello es especialmente interesante a la vista de algunas posiciones críticas con la extensión que ha cobrado en algunos casos la autotutela especialmente la consistente en la ejecución forzosa de los actos administrativos, como luego se verá.

autotutela podemos distinguir entre la autotutela declarativa, la autotutela ejecutiva y la autotutela reduplicativa.

§ 117. Por **autotutela declarativa** se conoce aquella manifestación de la autotutela que consiste en que la propia Administración es capaz de declarar lo que es derecho en un caso concreto –sin perjuicio del posterior control judicial– con eficacia frente a todos y, desde luego, frente a los destinatarios del acto que quedan obligados por la declaración de la Administración que se presume legítima. La autotutela declarativa no sólo entraña una declaración acerca de algún derecho u obligación preexistente y que la Administración se limita a reconocer o declarar, sino que puede entrañar algo más que una constatación, es decir, que puede suponer la constitución, supresión o modificación de un derecho.

Entra en el ámbito de la tutela declarativa el acto en virtud del cual le deniegan a alguien la licencia de construcción de unos apartamentos en terrenos de su propiedad o le obligan al cierre de un establecimiento público nocturno que no cuenta con los requisitos de seguridad, higiene y protección contra ruidos que exige la Ordenanza municipal correspondiente.

En todos estos supuestos el pronunciamiento de la Administración se presume legítimo, esto es ajustado a Derecho, y por eso mismo la decisión que contiene –constitutiva o declarativa– es inmediatamente ejecutiva. Ello significa que produce efectos desde la fecha en que se dicta⁶ y que por, otra parte, puede ser objeto de ejecución forzosa con independencia de que en efecto sea ejecutada forzosamente o no. Pero la ejecución forzosa corresponde a otro tipo de tutela (la ejecutiva) que no es la que estamos contemplando aquí.

A los efectos de la distinción entre una y otra puede tomarse en cuenta, en el ámbito del Derecho privado, la situación en que un arrendador se encuentra cuando su arrendatario no le paga la renta convenida en los últimos meses por un local de negocio en un inmueble. Esa situación es motivo de resolución del contrato, pero ello no significa que el arrendador pueda decidir por sí mismo que el contrato queda resuelto y pretender que esa decisión surta efectos frente al inquilino, en absoluto. El arrendador deberá acudir a un juez para que sea él quien declare resuelto el contrato. El juez, después de un proceso en el que las partes tendrán la ocasión de hacer valer sus argumentos, de probar sus alegaciones y utilizar los medios de defensa que el derecho les permita, dictará

⁶ Salvo que su eficacia quede demorada a su notificación al interesado o a su publicación.

sentencia en la que podrá declarar resuelto el contrato. Pues bien esa sentencia, una vez que sea firme, contiene la declaración del derecho de las partes. Por ejemplo, la declaración de que el contrato está resuelto, la condena a pagar lo debido y el consiguiente derecho a recuperar el local. Contiene pues una declaración de los derechos y obligaciones de las partes; declaración en la que se contiene la resolución del contrato y la condena al pago de determinadas cantidades.

Esa declaración sólo el juez la puede producir pues sólo él tiene la facultad de decir el derecho (*iuris-dictio*). El propietario arrendador podía suponer que, en efecto, él tenía derecho a obtener esa sentencia, pero en todo caso es la sentencia la que proclama frente a todos, cuáles son los derechos de las partes.

El arrendador no podía pretender, por sí mismo, un reconocimiento de su derecho frente al arrendatario por más que creyera tener buenas razones para ello. Sólo el juez puede proclamar su derecho. Esa es la función de la heterotutela declarativa, que un juez proclame y declare nuestro derecho y las correlativas obligaciones de los demás.

A partir de esa sentencia el arrendador podrá pretender que la misma sea ejecutada, expulsando incluso al arrendatario del local que ocupaba; pero eso pertenece ya a la fase ejecutiva. La heterotutela declarativa se consume con una declaración que determina el derecho de las partes de forma definitiva y que, por eso mismo, es susceptible de ser ejecutada, pero su ejecución es ya otro tipo de autotutela.

Pues bien, eso mismo hace la Administración cuando actúa sujeta a Derecho Administrativo, pero sin necesidad de acudir el juez. El acto administrativo por el que la Administración titular del dominio público obliga a desalojar del mismo a algún particular que en virtud de concesión o autorización administrativa lo venía ocupando, tiene efectos semejantes a la sentencia civil que acabamos de comentar. Ese acto administrativo se presume legítimo y por tanto surte efectos y es ejecutivo, lo que significa que puede ejecutarse.

Tiene efectos semejantes a la sentencia civil, se dice, porque ese acto podrá ser objeto de impugnación ante los Tribunales, pero si no es impugnado y deviene firme una vez transcurrido el plazo para hacerlo, entonces estaríamos ante un acto inimpugnable y ejecutivo.

En virtud de la autotutela declarativa la Administración, sin necesidad de acudir a un juez, puede establecer, de forma incluso unilateral, cuáles son los derechos y obligaciones de las partes. Ese acto se presume legítimo y es por ello mismo ejecutivo. Ese acto declara cuál es el derecho y las obligaciones de las partes en una concreta

relación jurídica y esa declaración se presume legítima con presunción *iuris tantum*; lo que significa que, mientras no se destruya esa presunción -normalmente por el interesado a quien perjudica-, el acto es eficaz desde la fecha que se dicta -sin perjuicio de su notificación o publicación- y, además, es ejecutivo, lo que significa que puede ser ejecutado sin más, porque se supone que es ajustado el ordenamiento y no precisa de otro procedimiento que acredite su validez y legitimidad.

Ahora bien, su ejecución material -el desalojo físico del dominio público por ejemplo- no pertenece ya a la autotutela declarativa, sino a la autotutela ejecutiva. La declarativa concluye con la determinación de las obligaciones y derechos de los afectados por el acto, determinación que se presume legítima.

§ 118. Una cosa es que el acto administrativo se presuma legítimo y sea susceptible de ser ejecutado -sea ejecutivo- en cuanto se presume que legítimamente declara el derecho de las partes, y otra su efectiva **ejecución material**.

En el caso de la sentencia de arrendamiento de un local de negocio a que antes hemos hecho referencia, una cosa es que la misma declare resuelto el contrato y condene a pagar lo que sea al arrendatario y a desalojar el local y otra que el propietario, con esa sentencia en la mano que proclama su derecho, pueda expulsar a la fuerza y por sí mismo al arrendatario. De nuevo el propietario arrendador pese a tener una sentencia firme a su favor no puede tomarse la justicia por su mano y desalojar al inquilino por el mismo sino que tiene solicitar la tutela del juez.

Pero ahora no la solicita para que declare su derecho, sino para que lo haga ejecutar; es decir para que expulse del local al arrendatario haciendo uso de la fuerza física si hace falta o embargando los bienes necesarios para el pago de las indemnizaciones procedentes.

En todo caso no es el propietario quien puede ejecutar por sí la sentencia, sino que tiene que pedir la intervención del juez para que la ejecute. Estamos, pues, ante un supuesto de heterotutela ejecutiva, porque ahora no se trata de declarar el derecho, sino de ejecutar el derecho ya declarado.

La Administración Pública, por el contrario, puede ella misma proceder también a la ejecución material de sus propios actos. Estos se presumen legítimos y son ejecutivos, pero para ejecutarlos la Administración no necesita acudir a juez alguno. Ella misma puede realizar los actos materiales de ejecución de sus propios actos.

Hablamos entonces de autotutela ejecutiva porque de nuevo se le reconoce a la Administración la potestad de proceder ella misma a desarrollar los actos materiales de ejecución que sean necesarios para la real efectividad de lo acordado en los actos administrativos previos.

No se trata en este momento de estudiar los medios materiales de que se vale la Administración para ejecutar sus actos, lo que se verá en otras lecciones de otra asignatura, bastando aquí con dejar indicados que tales medios no son otros que el apremio sobre el patrimonio, la ejecución subsidiaria, las multas coercitivas y la compulsión sobre las personas que se regulan en los [artículos 96 a 100](#) de la LRJPAC.

§ 119. Hay algunas manifestaciones de la autotutela que la doctrina ha incardinado en la llamada **autotutela reduplicativa** porque refuerzan o duplican las manifestaciones normales de la autotutela. Entre ellas suelen citarse la necesidad de interponer recursos previos antes de acudir a los tribunales, el «*solve et repete*» (hoy declarado inconstitucional) o, en el caso de la autotutela ejecutiva, las multas coercitivas.

La obligación de interponer un **recurso previo de alzada** antes de acudir ante los Tribunales implica para el particular una carga en cuanto le obliga a esperar al resultado del recurso que ha de interponer ante la propia Administración -siquiera sea ante un órgano superior- antes de poder acudir ante un Tribunal independiente. Resulta, así, que es la propia Administración la que se ve reconocida una nueva oportunidad de resolver sobre lo ya resuelto por ella misma con presunción de legitimidad. Se comprende que para el particular pueda ser visto ese recurso obligatorio como una carga, al tener que pasar de nuevo por la obligación de volver a esperar que es lo que tiene que decir la misma Administración. En todo caso para la Administración es una forma de tener ocasión, de nuevo, de declarar por sí misma por segunda vez lo que le parece que es el derecho en un caso concreto.

El «*solve et repete*» o la obligación de pagar las deudas impuestas como condición para recurrir, ha sido considerado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en los casos que se le han presentado, pero ha sido durante algún tiempo otra forma de proteger lo declarado por la Administración. Debe notarse que, en efecto, al condicionar al pago de la deuda la posibilidad misma de recurrir -lo que es algo distinto de ejecutar forzosamente la deuda por la propia Administración- lo que se estaba era privando del derecho de acudir a la tutela judicial de forma definitiva, puesto que no se tenía derecho a ella, si no se pagaba previamente, de lo que resultaba que si la deuda declarada fuera, en

realidad, improcedente se impedía la posibilidad de obtener un sentencia judicial de fondo que declarase tal improcedencia.

En efecto en la hipótesis de una persona sin recursos para adelantar el importe de la deuda impuesta, esa imposibilidad para pagar se traducía en la pérdida del derecho a obtener una sentencia judicial que declarase la eventual improcedencia de la deuda que se le había impuesto. Como la persona no podía pagar, la cuestión no es ya si se le ejecutaba forzosamente, sino que perdía el derecho a recurrir. En tales condiciones lo que se ponía en cuestión es el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ([artículo 24 CE](#)), puesto que se estaba negando el derecho al recurso a la justicia si no se pagaba una deuda cuya legitimidad misma es lo que se pretendería discutir en sede judicial.

Con ese principio del *solve et repete* la Administración tenía en su mano un arma formidable para ejecutar lo acordado: si no se pagaba no se tenía derecho de acceso a los Tribunales.

Finalmente las **multas coercitivas** del [artículo 99](#) de la LRJPAC -la imposición de multas sucesivas durante cada ciertos periodos de tiempo (una semana, un mes, etc.)- si no se ejecuta lo acordado por la Administración, implica no sólo que la obligación principal a ejecutar (arreglar una fachada de una casa por ejemplo) subsistiera, sino que aparecieran nuevas obligaciones de pago del importe de las multas sucesivas; estas ultimas dirigidas a obtener el cumplimiento de dicha obligación principal, mediante la coerción que supone el incremento de dichas multas sucesivas.

Sobre la obligación principal se imponen de forma adicional nuevas obligaciones dirigidas a forzar el cumplimiento de la obligación principal.

6.4. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y SUS MANIFESTACIONES: CONSIDERACIONES SOBRE LA TUTELA CAUTELAR

§ 120. La declaración constitucional de nuestro país como un Estado de Derecho obliga a reconocer entre los derechos de los ciudadanos el derecho a una **tutela judicial efectiva**, como efectivamente hace nuestra Constitución que lo proclama en su [artículo 24](#). En ese sentido la formidable ventaja que supone la autotutela de la Administración no sería compatible con nuestra Constitución, ni con el derecho fundamental citado, si la última palabra la tuviera la propia Administración en virtud del principio de autotutela; pero esto no es así. Tal autotutela sólo es conforme con la Constitución, porque en

última instancia son los Jueces y Tribunales independientes quienes tienen la última palabra acerca de lo que es derecho en cada caso; acerca de cuáles son, en definitiva, las obligaciones y los derechos de los ciudadanos y la Administración en cada relación o caso concreto. Solo el Poder Judicial tiene, pues, la última palabra.

La autotutela ciertamente permite a la Administración gozar de una gran ventaja puesto que le permite actuar primero y esperar luego la eventual corrección que le pueda imponer el Poder Judicial si anula sus actos; pero no se trata sino de una ventaja que no configura una situación definitiva.

A veces se califica tal ventaja de privilegio, y en efecto lo es, si bien el término «privilegio» no hace justicia a la situación, pues el mismo se acuñó en el Antiguo Régimen para describir las ventajas y dispensas que el capricho del Monarca absoluto confería a determinadas personas. Sin embargo, en el caso de la autotutela no se trata de un capricho –menos aún de una arbitrariedad– sino de una necesidad –la de que el Poder Ejecutivo pueda actuar con eficacia por sí mismo sin esperar decisiones de los jueces– que tal vez quede obscurecida si se habla de privilegio de la Administración, aunque suele emplearse la expresión por la doctrina. Pero no estamos ante un privilegio caprichoso o sin causa, sino ante una necesidad del sistema e incluso ante una consecuencia de la separación de poderes. En todo caso la autotutela para empezar no se otorga a la Administración para defensa de intereses particulares de la misma, sino para que cumpla su misión que es la defensa, procura y preservación del interés general.

Por ello es conveniente hacer referencia, ahora, después de haber examinado la autotutela, a los rasgos generales del control judicial de la actividad administrativa. De esa forma se hará difícil olvidar que las ventajas que tiene la Administración son temporales y posicionales, pero en modo alguno definitivas, puesto que están sujetas en plenitud al control judicial.

§ 121. El [artículo 106](#) de la Constitución establece, desde el punto de vista objetivo e institucional, que **los Tribunales controlan el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa**, así como el pleno sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

Por su parte el [artículo 24](#) de la Constitución proclama desde el punto de vista subjetivo el **derecho fundamental de las personas a la tutela judicial efectiva**.

Tan enfáticas proclamaciones –objetiva y subjetiva– del papel de la justicia en nuestro Estado de Derecho se compadecerían mal con una comprensión de la autotutela

como una institución definitiva en la que la Administración es la que dijera la última palabra acerca de lo que es Derecho en cada concreta situación. Por el contrario la autotutela no da sino una ventaja posicional a la Administración en los casos en que actúa sometida a Derecho Administrativo. Pero tal ventaja posicional –la de dictar unilateralmente incluso actos que se presumen legítimos, ejecutivos y que pueden de hecho ser ejecutados forzosamente– no impide que los Jueces y Tribunales del orden contencioso-administrativo puedan conocer sin limitación alguna de la legalidad de la actuación administrativa y de los reglamentos.

§ 122. El **derecho a la tutela judicial** efectiva comporta el **derecho de cualquier persona a acceder** a los Jueces y Tribunales para que sus pretensiones en relación con los reglamentos y actuaciones de las Administraciones Públicas sean revisadas a efectos de declarar si las mismas son o no ajustadas a Derecho y declaren, en su caso, el derecho de las partes, así como reconocer situaciones jurídicas individualizadas y acordar indemnizaciones.

Comporta también el **derecho a obtener una sentencia** que se pronuncie sobre al fondo –si no existen causas que impidan entrar en el fondo del asunto y determinen la inadmisibilidad del recurso por los motivos previstos en el [artículo 69 LJCA](#)⁷– mediante una resolución que sea congruente con las pretensiones deducidas por las partes y que aborde de forma racional las cuestiones planteadas.

El Derecho a la tutela judicial efectiva no comporta, sin embargo, el derecho a obtener una sentencia favorable a las pretensiones del recurrente. Ello solo será posible, por de pronto, si tiene razón de fondo, pero aunque no la tenga, sí comporta el derecho a que la sentencia se pronuncie en términos de congruencia y razonabilidad sobre todas las cuestiones planteadas.

Comporta también el **derecho a los recursos** que estén establecidos en la legislación contencioso-administrativa contra la sentencia que pueda haberse dictado.

Comporta el **derecho a la ejecución** de la sentencia por los propios tribunales.

Comporta finalmente el **derecho a la tutela cautelar** al que por su importancia debe dedicarse un apartado específico.

⁷ Falta de jurisdicción del órgano o tribunal (por no ser una materia sujeta al Derecho administrativo), incapacidad del recurrente, falta de representación o de legitimación, inimpugnabilidad de los actos y disposiciones recurridas, cosa juzgada, litispendencia, extemporaneidad del recurso.

§ 123. **El derecho a la tutela judicial** efectiva que proclama el [artículo 24](#) de la Constitución, comprende el derecho a que los jueces y tribunales adopten medidas para evitar que las demoras que puedan producirse para obtener una sentencia que acabe dando la razón al recurrente no haga inútil el futuro pronunciamiento dándole la razón; lo hagan inútil porque por el tiempo transcurrido –y dada la eventual ejecución del acto en virtud de la autotutela– sea imposible la restitución de los derechos infringidos.

La tutela cautelar ha ido cobrando cada vez más importancia en la práctica judicial, en la doctrina y en la propia formulación de la vigente LJCA en cuyos [artículos 129](#) y siguientes se ha regulado con más detalle de lo que estuviera antes el sentido de la tutela cautelar dirigida a asegurar la efectividad de la sentencia.

Por otra parte ha sido la propia doctrina del Tribunal Constitucional la que ha reconocido que la tutela cautelar no es un instrumento o expediente que pueda regular o no el legislador a su capricho, sino que forma parte integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución.

En esa perspectiva la tutela cautelar tiene particular importancia en el ámbito del Derecho Administrativo, por cuanto constituye el adecuado contrapeso frente a la autotutela de que disfruta la Administración. Los actos de ésta se presumen legítimos, ciertamente, e incluso pueden ser ejecutados de forma forzosa; pero los particulares tienen derecho a solicitar de jueces y tribunales la adopción de medidas cautelares en cualquier estado del proceso. En algunos supuestos (inactividad de la Administración y vía de hecho –[artículos 29 y 30 LJCA](#)–) incluso pueden solicitarse las medidas cautelares antes de la interposición del recurso ([artículo 136 LJCA](#)).

El contenido de las medidas cautelares consiste en la adopción por los Jueces y Tribunales «*de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*» ([artículo 129 LJCA](#)). La Ley no concreta, por tanto, el contenido de dichas medidas, pero el uso del plural indica que la Justicia tiene un amplio abanico de posibilidades. La más común consiste en la suspensión del acto administrativo o de la disposición impugnada, pero no es la única posible. En algunos casos la medida ha consistido en el otorgamiento positivo y provisional de un permiso o licencia que había sido denegado por silencio administrativo.

La medida cautelar que consiste en la suspensión del acto recurrido constituye el negativo de la autotutela: el acto que se presumía legítimo y por eso podía ser ejecutado o lo había sido, deja de producir tales efectos en virtud de las medidas acordadas por la Justicia.

La tutela cautelar priva en buena parte de sentido algunas de las críticas que alguna doctrina (MUÑOZ MACHADO, SÁNCHEZ BLANCO) han dirigido últimamente hacia la institución de la autotutela y especialmente la autotutela ejecutiva, dado que, en efecto, a través de la autotutela pueden evitarse los aspectos negativos de la institución que, por otra parte, desde el punto de vista del derecho positivo vigente está consagrada en nuestro Derecho en los artículos [56](#), [57](#) y [93 a 96](#) de la LRJPAC sin que el Tribunal Constitucional haya puesto sustancialmente en cuestión tal regulación en los casos sometidos a su conocimiento⁸.

§ 124. **El alcance del control judicial** de la actuación de las Administraciones públicas es completo. Por más que pueda pensarse en la jurisdicción contencioso-administrativa como una jurisdicción revisora –como en efecto lo fue de forma muy estricta durante mucho tiempo– hoy día ello apenas significa otra cosa que el hecho de que ha de partirse del dato previo de una actuación administrativa. Pero ello no significa que en el curso del proceso no pueda enjuiciarse tal actuación desde todos los puntos de vista posibles o que los defectos de forma o de procedimiento comporten que el asunto deba devolverse a la Administración para que, subsanado el defecto de forma o procedimiento, dicte otro acto que en el probable caso de ser idéntico al primero obligue al recurrente a iniciar un nuevo procedimiento. Las cosas ya no tienen por qué ser así.

El carácter revisor puede mostrarse todavía en el hecho de que el juez de lo contencioso-administrativo **no puede sustituir a la Administración**. La separación de poderes no se lo permite. Por eso el [artículo 71](#) de la LJCA dispone que *«los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen, ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados»*.

Se trata de mantener la separación de poderes. Y eso mismo ocurre cuando en trance de valorar la conformidad a derecho de un acto dictado en ejercicio de facultades discrecionales o en el ámbito de potestades atribuidas sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados los jueces deben ejercer pleno control, pero sin sustituir el criterio del órgano administrativo cuando sea razonable. Incurrirían en exceso si no se

⁸ La autorización judicial para la entrada en domicilio no pone en cuestión la autotutela puesto que se refiere a otra cosa como es la de la inviolabilidad del domicilio, que no tiene porque desaparecer ante la ejecución administrativa de sus actos.

limitasen a controlar que la actuación impugnada es razonable en relación con la discrecionalidad otorgada o con el margen de indeterminación conferido por el ordenamiento.

El alcance del control judicial se extiende, por otra parte, al control de los elementos reglados de los actos políticos por más que estos estén excluidos del control de la jurisdicción contencioso-administrativa, dado que no son actuación de la Administración Pública sujeta a Derecho Administrativo. Pero si existe en el acto político algún elemento reglado que no ha sido observado el control se extiende entonces también a todos esos aspectos.

Lo mismo ocurre con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa en todo caso, incluso cuando se trata de actuaciones del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas⁹.¹⁰

⁹ Ahora toca comentar la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 31 de Julio de 2014 (rec.2001/2013), que cuenta con otra sentencia idéntica de la misma fecha y distinto ponente (rec.3779/2013) que supone un significativo paso adelante en la conquista hacia el pleno control jurisdiccional de concursos y oposiciones.

discrecionalidad técnica Veamos los hallazgos y aportaciones mas sobresalientes de esta interesante sentencia que nadie puede perder de vista, pues tanto abogados como jueces deben aparcar la inercia del buque fantasma inaccesible en que se había convertido la “discrecionalidad técnica” y percatarse que hay instrumentos jurisprudenciales para un exitoso abordaje si la justicia del caso lo impone.

1. Uno de los motivos impugnatorios consistía en la negativa de la Sala a practicar prueba documental y pericial que permitiese comparar su ejercicio con los de otros aspirantes para demostrar que eran sustancialmente idénticos, lo que cuestionaría que el del recurrente recibiese puntuación sensiblemente mas baja.

La Sala de instancia denegó la prueba y ahora el Supremo considera que tales pruebas no eran imprescindibles con un lógico, pero curioso argumento: ” La comparación entre el ejercicio del actor y los de los aspirantes que éste señaló podía hacerla por sí misma la Sala porque el caso práctico que constituyó el objeto del segundo ejercicio de la fase de oposición versaba sobre una materia jurídica de las que conoce el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y los integrantes de la misma estaban en condiciones de apreciar por sí mismos sí existía o no la identidad afirmada por el Sr. Secundino desde el momento en que disponían de todos esos ejercicios.(...) No obstante, es claro que la Sala no la consideró pertinente por entender, según se desprende de la sentencia, que no había razones para cuestionar el ejercicio por el tribunal calificador de su discrecionalidad técnica”.

Pues bien, mas allá de la posición restrictiva del Tribunal Supremo a la adopción de pruebas periciales para combatir el uso de la discrecionalidad técnica de Tribunales de oposiciones y concursos que ya comenté en un post anterior, aquí nos encontramos varias valiosas perlas.

1.1. En primer lugar, abre el portillo a una curiosa “pericial por suplencia”, en el sentido de que los miembros del Tribunal se convierten en “jueces y peritos” allí donde el objeto de la pericia sea una cuestión jurídica.

La conclusión del Supremo es lógica ya que ningún sentido tendría aceptar la práctica de tal prueba pericial, ni por cuestiones de legitimidad (¿por qué otorgar prevalencia a un dictamen de abogado, Catedrático o jurista sobre el de los propios magistrados?) ni por razones de economía procesal (¿por qué acudir a un perito jurídico cuando la Sala posee razón de ciencia suficiente?). Sin embargo, su recta lectura obliga a una interpretación restrictiva y en sus justos términos, pues el Derecho no es una ciencia exacta y casi todo es jurídicamente discutible, de manera que solo podría acudirse a esta “pericia judicial implícita” cuando se apreciase un criterio jurídico manifiestamente errado o insostenible.

1.2 En segundo lugar, que “a sensu contrario” si la prueba cuestionada versase sobre cuestiones no jurídicas (ej. pruebas para plazas informáticas o de química) la Sala debería haber llevado a cabo las pruebas periciales para dar respuesta a la queja del recurrente de agravio comparativo en las calificaciones del Tribunal. Eso conduciría a un giro copernicano en materia de admisión de pruebas periciales en los procedimientos selectivos para profesores universitarios donde la inmensa mayoría de las plazas objeto de selección competitiva son de áreas de conocimiento no jurídicas.

2. La Sentencia deja claro el estado de la cuestión sobre el control de la discrecionalidad técnica, tumbando lo que es un mantra en la defensa esgrimida por la Administración en los litigios sobre procesos selectivos:

” En efecto, una cosa es que en sede judicial no se pueda sustituir el criterio técnico del tribunal calificador o valorar su mayor o menor acierto siempre que no sea absurdo su juicio y otra que no quepa revisar la forma en que ha sido aplicado. No tienen razón, en este sentido, ni el informe de la presidenta del tribunal calificador, ni las manifestaciones expresadas en las actas de éste ni, tampoco, la sentencia sobre la irrevisabilidad de los ejercicios o, si se prefiere, de las calificaciones que se les otorgaron. Cabe, perfectamente, en aquellos casos en que se alegue error o arbitrariedad, por ejemplo, por no seguir el mismo criterio respecto de todos los aspirantes, lo cual, si se produce, supone, además, apartarse de las bases e introducir un trato desigual a los aspirantes.”

Es curioso que lo que la Sala lleva a cabo es la valoración de la prueba, verificando por sí un extremo fáctico: si los ejercicios a comparar eran sustancialmente iguales (lo que resulta llamativo por lo reacio del Tribunal Supremo a revisar “la prueba” de la instancia, o hacer uso de la integración de hechos que autoriza el art.88 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Pero va mas allá cuando recuerda que es criterio de la Sala sobre la puntuación numérica de los ejercicios:

” esta Sala viene sosteniendo que, siendo en principio válida esta forma de medir o valorar el resultado de las pruebas en los procesos selectivos, tal como lo prevén el artículo 54.2 de la Ley 30/1992 y las bases de la convocatoria, el hecho de que en éstas solamente se haga referencia a una puntuación determinada no será bastante cuando el interesado la discuta, como aquí ha sucedido”.

En otras palabras, cabe en vía administrativa asignar una puntuación numérica a un ejercicio pero si en recurso administrativo o en vía judicial se cuestiona el fundamento de esa puntuación numérica, deberá el Tribunal calificador o la Administración en que se inserta hacer explícitos con calidad y cantidad los criterios y razones que avalaron aquella puntuación.

Y así, el Tribunal constata el esfuerzo del recurrente por demostrar la sustancial igualdad de los ejercicios, en contraste con el silencio de explicación alternativa de la Administración, que se refugia en consideraciones genéricas de las bases, lo que le lleva a esta contundente conclusión:

” A falta de explicaciones por parte del tribunal calificador sobre su distinta forma de proceder, no encontramos justificación al distinto trato dispensado a ambos aspirantes o, si se prefiere, a la utilización de criterios distintos en ambos casos. Por tanto, efectivamente, la sentencia ha confirmado una actuación administrativa que trata de manera diferente situaciones sustancialmente iguales sin que se advierta la razón que pueda explicarlo. Y tal proceder no está cubierto por la discrecionalidad técnica que asiste a los tribunales calificadores de pruebas selectivas.”

En consecuencia, estima el recurso de casación y con sentido práctico y de justicia resuelve:

” A la luz de cuanto hemos dicho, es claro que el recurso contencioso-administrativo del Sr. Secundino debe ser estimado y anulada tanto la calificación dada a su segundo ejercicio en la fase de oposición, como, exclusivamente en tanto no le incluye, la relación de aspirantes que la superaron y las ulteriores actuaciones administrativas que confirmaron la legalidad de una y otra. Y, en su lugar, reconocemos el derecho del recurrente a que se le tenga por superado el segundo ejercicio de la fase de oposición con la misma calificación que se le asignó al Sr. Laureano y a proseguir el proceso selectivo. Asimismo, debemos reconocerle el derecho a que si, tras la fase de concurso, obtiene una puntuación total que supere a la del último de los aspirantes que logró plaza, ser nombrado funcionario con efectos desde que se produjeron para los que fueron nombrados en su momento”.

En suma, resuelve “tres en uno” y evita incidentes de ejecución:

Primero, no deja en manos de la Administración la posibilidad de que bajase la calificación del ejercicio comparado y así asegurar la igualdad de valoración con el del recurrente, sino que declara el derecho a la valoración “al alza ” de éste.

¹⁰ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de Septiembre de 2014 (rec.1375/2013)

” La jurisprudencia inicial de esta Sala, desde el mismo momento del reconocimiento de esa discrecionalidad técnica, ya se preocupó en señalar unos límites para la misma, que

vinieron a consistir en la aplicación también a ella de las técnicas de control que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho. Así lo hizo la STS de 5 de octubre de 1989 , que se expresa así:

“Los órganos administrativos a quienes corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho , entre los que, en estos casos, cobran especial interés los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el artículo 103 CE “.

3.- La evolución jurisprudencial posterior, en aras de perfeccionar el control jurisdiccional y definir los espacios donde este control puede operar con normalidad, completó y aclaró esos límites inicialmente enunciados mediante la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el “núcleo material de la decisión” y sus “aledaños” .

El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades.

Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico.

Y esas pautas jurídicas estarían encarnadas por el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad.”

Así, la sentencia aborda y desmonta dos escudos tradicionales de la Administración habitualmente esgrimidos en vía administrativa y jurisdiccional, para no detallar ni motivar la calificación numérica o parca asignada a los epígrafes “abiertos” de los pliegos (precisamente tales epígrafes esconden “conceptos jurídicos indeterminados” que la Administración considera “conceptos discrecionales”, como el caso analizado, donde por ejemplo, la valoración del Proyecto o propuesta, junto a factores reglados, incluía la ” Viabilidad, oportunidad y bondad”o ” Rigor del estudio económico-financiero y adecuación de la capacidad financiera a la inversión prevista”. O sea, digámoslo claro, los “comodines” que sirven para que “vayan leyes do quieren los

reyes”(como decía el pueblo ante el capricho de Alfonso VI), o “vayan las adjudicaciones donde quieren las corrupciones” (como dice el pueblo actual ante tanto tinglado).

Pues bien, el primer escudo de la Administración es aducir que la motivación de actos discrecionales se ajustará a la convocatoria (art.54.2 Ley 30/1992), y por tanto, si el pliego de contratación no imponía mayor motivación que el dígito o equivalente, no puede ni debe exigírsele más. Ello en conexión con el dato de que las Bases de contratación no fueron impugnadas sino aceptadas por los licitadores.

El segundo escudo de la Administración es atrincherarse en que estamos ante el núcleo de la discrecionalidad técnica al valorar y como tal no es susceptible de control jurisdiccional.

3. Pues bien, el Supremo desarma con habilidad y razón estos pretextos clásicos, y confirma la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares que de forma contundente establecía: ” Pero en su actuación ni desglosa su puntuación entre esos diversos parámetros, ni expone otros criterios utilizados de valoración, de forma que no es posible conocer cómo llega la Administración a la puntuación final obtenida por cada licitador respecto a esos concretos elementos, a qué le han dado más preponderancia, en definitiva cuál es el criterio seguido que finalmente cristaliza en la puntuación obtenida

Y así ahora habla el Tribunal Supremo sentando criterio con firmeza:

” En línea con la doctrina precitada resulta conforme a nuestra jurisprudencia la conclusión de la Sala de instancia acerca de que, independientemente de que las Bases no especifiquen la necesidad de desglosar los distintos apartados si lo exige el principio general de la motivación, art. 54.2 LRJAPAC, y los principios generales de la propia normativa sobre contratos públicos (...) Debemos resaltar que, además de los tradicionales principios de transparencia, concurrencia y publicidad insitos a nuestro sistema de contratación pública, la sucesivas modificaciones legislativas (al amparo de diversas Directivas) hacen también hincapié en la necesaria motivación en la adjudicación de los contratos.(...)

En consonancia con todo lo acabado de exponer en el fundamento precedente resulta evidente que cualquier licitador afectado por el concurso tiene derecho a conocer la motivación de las puntuaciones que hayan sido aplicadas por la Comisión Técnica.

Lo anterior es obligatorio para la Administración cuando le haya sido solicitada por un licitador excluido, conforme al art. 93.5 RDL 2/2000, de 16 de junio . Mas cuando, como en el caso de autos se desconoce su contenido al tener sólo como fuente unos dígitos carentes de explicación, procede la retroacción tal como acordó la Sala de instancia.

§ 125. Finalmente debe señalarse que la fuerza expansiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ha determinado la supresión o transformación por no conformes con la Constitución de algunas instituciones clásicas en el Derecho Administrativo.

Es el caso de la **prohibición de formular interdictos contra las actuaciones de la Administración** que luce en el [artículo 101 LRJPAC](#) en el caso de que se produzcan por los órganos administrativos dentro de las materias de su competencia y de acuerdo con los procedimientos establecidos. La previsión trataba de evitar que por la jurisdicción civil se trabe la marcha de la Administración mediante la utilización de la vía interdictal que protege situaciones posesorias que han comenzado a ser alteradas –o simplemente pretenden serlo– por alguien. Los tribunales civiles no parecían capacitados para verificar

Recordemos que, en el ámbito de la contratación, la Sentencia de 16 de diciembre de 2004, recurso de casación 5766/2000, Sección Cuarta, en su FJ Sexto había recalado que la discrecionalidad juega con anterioridad a la adjudicación al decidir cuáles son los criterios objetivos más significativos respetando eso sí las reglas que impregnan nuestra actual normativa sobre contratación pública: publicidad, libre concurrencia y transparencia administrativa. Y se subrayó que no cabe confundir la discrecionalidad de que pueda gozar la administración en la fijación de la baremación de los distintos criterios que constituyen las normas del concurso frente a la ausencia de discrecionalidad en la asignación de la puntuación con arreglo a los distintos criterios prefijados en el pliego.

Discrecionalidad que para ser controlada jurisdiccionalmente y respetar la interdicción de la arbitrariedad exige la oportuna motivación siendo insuficiente la mera asignación de puntuaciones sin fundamentación alguna.

Como refleja el FJ 5º de la Sentencia de 4 de junio de 2014 “Es necesario que la justificación o explicación que es inherente a la necesaria motivación incluya estos dos elementos inexcusables: (a) los singulares criterios de valoración cualitativa que se han seguido para emitir el juicio técnico; y (b) las concretas razones por las que la aplicación de esos criterios valorativos conducen, en el ejercicio realizado por cada aspirante, a la concreta puntuación y calificación aplicada.”

En suma, como el propio Supremo reconoce, su jurisprudencia “progresiva” y avanza hacia la consagración de la transparencia de los fundamentos de la decisión y accesibilidad de los licitadores a la misma, unido al necesario esfuerzo y deber de la Administración de ir más allá del pliego para justificar el uso de los conceptos valorativos.

la complejidad de las actuaciones administrativas, salvo en los caso en que, manifiestamente, el órgano no fuera competente o no se hubiera seguido el procedimiento establecido. En tales caso parecía que la jurisdicción civil, en cuanto protectora del derecho de propiedad o de la posesión, algo podía decir.

La realidad es que, en el momento actual, la nueva LJCA ha incorporado a la jurisdicción contencioso-administrativa en su [artículo 30](#) la defensa de los particulares frente a la vía de hecho, mediante un procedimiento rápido, y con tutela cautelar reforzada, que pone en cuestión la pertinencia de los interdictos.

Con la **prohibición de embargos** sobre bienes de la Hacienda Pública, que lucía hasta hace bien poco en algunas Leyes, han sido las sentencias del Tribunal Constitucional que han considerado contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tal prohibición de embargos, las que han determinado la modificación de las Leyes que lo mantenían ([Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria](#) y Ley reguladora de las Haciendas Locales -[Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo](#)-). Lo único que no es embargable son los bienes de dominio público o bienes patrimoniales afectos a los servicios públicos.

En cuanto a la **ejecución de sentencias**, que siempre había tenido un régimen particular en materia de sentencias contencioso-administrativas, la nueva LJCA ha modificado la cuestión reconociendo a los Jueces y Tribunales ([artículo 103 LJCA](#)) la potestad de hacer ejecutar las sentencias dotándole de los oportunos poderes para poder llevar a efecto tal ejecución.

6.5. EL SISTEMA DE CONFLICTOS ENTRE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LOS JUECES Y TRIBUNALES

§ 126. Las facultades de autotutela de las Administraciones Públicas determinan que en ocasiones las actuaciones de las Administraciones Públicas declarando derechos y obligaciones o ejecutando sus decisiones se interfieran con las potestades de los Jueces y Tribunales de cualquier orden, pero muy singularmente de los órdenes civil, mercantil, penal y social. En tales casos **la actuación administrativa o la judicial resulta en un conflicto** que puede dar lugar a que, sosteniendo la Administración y los Tribunales su competencia, haya que decidir quién es el competente.

Se trata, como fácilmente puede comprenderse, de una cuestión que tiene que ver con el principio de separación de poderes, al tener que determinarse qué poder –el Ejecutivo o el Judicial– es el competente para conocer del asunto que ambos poderes reclaman para sí. Tiene, por tanto, una dimensión constitucional, si bien no va a ser el Tribunal Constitucional el encargado de solventar el conflicto en la medida en que se entiende que su solución viene determinada por las normas legales que regulan la competencia de cada uno de los poderes en presencia.

No obstante, la circunstancia de implicar a dos poderes distintos hace imposible que la resolución del conflicto se entregue a alguno de los poderes en presencia – Ejecutivo o Judicial– razón por la cual se ha creado un órgano especial, como es el **Tribunal de Conflictos de Jurisdicción**, con presencia de miembros del Poder Judicial y del Consejo de Estado, que es, éste último, un órgano situado en la órbita del Ejecutivo, pero dotado de autonomía y, por tanto, no sometido a la línea jerárquica de tal poder Ejecutivo.

En todo caso estamos en esos supuestos de interferencia entre competencias de la Administración y de los Jueces y Tribunales, ante un conflicto de jurisdicción, así llamado por la [Ley Orgánica 2/1987 de 18 de mayo de Conflictos de Jurisdicción](#) (LOCJ). En dicha Ley se regulan no sólo lo que llama conflictos de jurisdicción entre Juzgados y Tribunales y la Administración (Capítulo I, artículos 1 a 21), y los conflictos entre la jurisdicción militar y la Administración (Capítulo III, artículos 30), sino, además, otro tipo de conflictos que nada tienen que ver con la cuestión de las disputas entre la Administración y los Jueces y Tribunales. Así, en efecto, se regulan también los conflictos entre los Juzgados y Tribunales y la jurisdicción militar o de los conflictos con la jurisdicción contable.

Solo los conflictos de jurisdicción entre Jueces y Tribunales y la Administración interesan a los efectos de esta lección, pues sólo ellos tienen que ver con la Administración y, por tanto, con el Derecho Administrativo.

§ 127. Lo más notable del sistema de conflictos es que, en el momento actual, se rompe con la tradición inmediatamente anterior a la LOCJ –que daba preferencia al Ejecutivo en la resolución de los conflictos en cuanto quién era el órgano decisor (Ley de conflictos jurisdiccionales de 17 de julio de 1948)– al configurar un órgano ad hoc denominado **Tribunal de Conflictos de Jurisdicción** que se regula en el [artículo 38](#) de la

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹¹ presidido por el Presidente del Tribunal Supremo y por cinco vocales de los que dos serán magistrados de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y tres Consejeros permanentes de Estado. El presidente del citado órgano –que lo es el del Tribunal Supremo– tendrá voto de calidad en los casos de empate, siempre posible, pues como se ve el órgano citado lo integra un número par de miembros si se cuenta al propio Presidente.

§ 128. Por lo que respecta **al procedimiento**, los conflictos de jurisdicción pueden ser suscitados tanto por los Jueces o Tribunales, que entiendan que la Administración se interfiere en sus competencias jurisdiccionales, como por los órganos de la Administración que establece la LOCJ en su [artículo 3](#), pues no cualquier órgano puede plantear el conflicto, sino aquellos que establece el citado artículo.

El procedimiento de tramitación debe seguir los cauces marcados por la citada Ley de conflictos.

En todo caso no pueden suscitarse conflictos por la Administración en relación con procedimientos de habeas corpus, ni en asuntos judiciales resueltos por auto o sentencia firmes o pendientes sólo de recurso de casación o revisión, salvo que el conflicto surja con motivo de su ejecución o afecte a facultades de la Administración que hayan de ejercitarse en trámite de ejecución.

Tampoco los Jueces o Tribunales pueden suscitar conflictos a las Administraciones públicas en relación con actos que hayan agotado la vía administrativa, salvo que verse sobre la competencia para la ejecución del acto.

Contra las sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción no cabe otro recurso que el de amparo constitucional.

NORMATIVA DE REFERENCIA:

- [Constitución Española](#).
- Estatutos de Autonomía.
- [Ley 30/1992, de 24 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común](#).

¹¹ La propia LOPJ no da ninguna denominación a este órgano. Sin embargo la posterior Ley Orgánica de conflictos jurisdiccionales acuerda dar a este órgano el nombre de Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales.

LECTURAS COMPLEMENTARIAS:

- PAREJO ALFONSO, Luciano: *Lecciones de Derecho Administrativo*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Madrid, 2013, pp. 250-253]
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2009,;
- MARTÍN REBOLLO, Luis: *Leyes Administrativas*, 19ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2013,

BIBLIOGRAFÍA ESPECIALIZADA:

-