

EAPC - Aprofundim en el procediment administratiu i en el funcionament de les administracions públiques



Les mesures provisionals en el procediment administratiu

27-10-2021

1. Plantejament

Dins del capítol dedicat a la iniciació del procediment administratiu, l'article 56 de la Llei 39/2015 inclou la regulació general de les mesures provisionals, si bé de forma incidental s'hi refereix en altres articles. La nova regulació no difereix essencialment de la que establia l'article 72 de la Llei 30/1992, però hi ha aspectes nous que s'han de destacar.

2. Concepte

Les mesures provisionals són decisions que adopta l'òrgan competent per iniciar, instruir o resoldre el procediment, que tenen com a finalitat assegurar l'eficàcia de la resolució final del procediment i també, quan sigui procedent, assegurar els béns i els drets que estiguin implicats en el procediment. Com assenyala el Tribunal Suprem en la Sentència de [14 de novembre de 2007](#):

“Constituyen, por tanto, acciones provisionales que se adoptan para proteger el interés general, ordinariamente en el seno de un procedimiento, pero también con carácter previo a su instrucción cuando hay razones de urgencia. Se trata de evitar que mientras se instruye y termina un procedimiento puedan mantenerse situaciones que mermen o eliminen la eficacia real de la decisión o resolución que finalmente fuere adoptada.”

En uns altres termes (Sentència del Tribunal Suprem de [25 d'octubre de 2017](#)):

“[...] las medidas cautelares van dirigidas a garantizar la efectividad del eventual resultado de un procedimiento administrativo o jurisdiccional, por lo que son procedentes cuando hay un serio peligro de que los intereses o derechos subjetivos que pudieran ser reconocidos o amparados en la futura resolución final resultasen ya irrealizables o gravemente lesionados; y deben ser acordadas cuando todavía, por no haber finalizado el procedimiento, no se puede anticipar un juicio sobre el problema de fondo.”

La potestat que es reconeix a l'Administració d'acordar, si escau, mesures provisionals és, a vegades, d'exercici obligatori, com destaca el Tribunal Suprem (Sentència de [15 de setembre de 2003](#)):

“[...] el deber que tienen tanto la Administración como los Tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial).”

Tot i que la nomenclatura més emprada per la Llei és la de “mesures provisionals”, també apareix l'expressió “mesures cautelars” (com ara als articles 90 i 117), que és sinònima, ja que ambdues fórmules parlen de la mateixa realitat, la primera des de la característica de la temporalitat i la segona destacant-ne el caràcter preventiu.

3. Modalitats

La Llei 39/2015 estableix dos tipus de mesures provisionals, les que s'adopten una vegada iniciat el procediment i les que s'adopten abans de la iniciació del procediment administratiu, seguint el model de la Llei 30/1992, que havia donat entrada a la segona modalitat de mesures provisionals. Per la seva part, la Llei 26/2010, referint-se al procediment sancionador, no distingeix el tipus de mesures:

“Si les normes legals o reglamentàries que regulen els procediments sancionadors de les administracions públiques de Catalunya així ho estableixen, es poden adoptar, per mitjà d'un acord motivat, mesures de caràcter provisional que assegurin l'eficàcia de la resolució final que es pugui dictar.”

4. Mesures provisionals posteriors a l'inici del procediment

Respecte a les mesures que s'adopten una vegada iniciat el procediment, la Llei 39/2015 indica que han de ser adoptades, si s'escau, per l'òrgan competent per resoldre, i es poden plantejar d'ofici o a instància de part.

Sembla nova l'exigència que l'adopció sigui motivada, perquè no apareixia en l'antic article 72 de la Llei 30/1992, però l'exigència de motivació resultava del precepte regulador de la motivació en general (per a aquest cas, l'article 54.1.d), igualment que ara s'exigeix en el precepte concordant de la Llei 39/2015 (art. 35.1.d). El Tribunal Suprem exigeix que la resolució reculli els motius que acreditin la raonabilitat i la proporcionalitat de l'adopció de la mesura (Sentència de [20 de març de 2001](#)), i sosté que no es tracta d'una mera formalitat, de manera que assenjala en la Sentència de [12 de març de 2012](#), en consonància amb el Tribunal Constitucional, que “[...] la motivación de la medida más que un requisito formal, es el elemento estructural y básico de la resolución e ineludible para valorar su justificación pues, de otro modo, no sería posible fiscalizar su respeto al principio de proporcionalidad ni la concurrencia de motivos que la justifiquen”.

Per això, assenjala la Sentència del Tribunal Suprem de [15 de juliol de 2008](#) 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”.

Aquestes mesures s'han d'adoptar “si hi ha elements de judici suficients per a això”. I és que les mesures provisionals s'adopten en un moment d'incertesa jurídica sobre allò que ha de resultar al final del procediment en què s'acorden (Sentència del Tribunal Suprem de [27 de juliol de 1999](#)), per

la qual cosa l'òrgan competent ha de fer un judici previ de ponderació a partir de la informació i les dades disponibles per tal de determinar si cal adoptar mesures i quines han de ser, per preservar els béns jurídics que es tutel·len en el procediment.

La principal novetat que la Llei ofereix en aquest punt és l'exigència que les mesures siguin adoptades d'acord amb els principis de proporcionalitat, efectivitat i onerositat menor. El primer principi ja havia estat proclamat reiteradament per la jurisprudència com una exigència ineludible a tenir en compte per acordar l'adopció de mesures cautelars. Així, en la Sentència de [16 de desembre de 2014](#), es deia que “la validez de las medidas en cuestión debe enjuiciarse en razón de su justificación, proporcionalidad y adecuación a su finalidad, sin tomar en consideración la resolución final del expediente y atendiendo a las circunstancias concurrentes a la fecha de su adopción”.

A partir de la doctrina del Tribunal de Justícia de la Unió Europea resulta que el principi de proporcionalitat exigeix que els actes siguin idonis per aconseguir els objectius legítims perseguits per la normativa de què es tracti i no vagin més enllà del necessari per aconseguir aquests objectius, entenent-se que, quan s'ofereixi una elecció entre diverses mesures adequades, s'ha de recórrer a la menys onerosa i que els desavantatges ocasionats no han de ser desproporcionats respecte als objectius perseguits (citada per la Sentència del Tribunal Suprem de [10 de maig de 2021](#)).

Es requereix, per tant, per adoptar les mesures cautelars, un judici de la raonabilitat de la finalitat perseguida i que no resulti desproporcionada (Sentència de [2 de desembre de 2020](#)).

L'article 56.5 de la Llei estableix la possibilitat de modificar les mesures provisionals i fins i tot de deixar-les sense efecte per la concurrència de circumstàncies sobrevingudes o que no es van poder tenir en compte en el moment d'adoptar-les. S'habilita l'Administració perquè, d'ofici o a instància de part, pugui adaptar les mesures a la realitat posterior a la seva adopció durant la tramitació del procediment. Així mateix, atès el caràcter accessori de la mesura provisional al procediment administratiu del qual pren causa, aquella s'extingeix quan tingui efectes la resolució administrativa que posi fi al procediment corresponent.

5. Mesures provisionals anticipades

L'òrgan competent per iniciar o instruir el procediment pot adoptar mesures provisionals abans de la iniciació del procediment administratiu, d'ofici o a instància de part. La Llei 30/1992 no especificava a qui corresponia aquesta potestat -només l'atribuïa a “l'òrgan competent”- i en limitava l'exercici als “supòsits establerts expressament per una norma amb rang de llei”, exigència que no ha estat recollida en la Llei 39/2015, per la qual cosa les determinacions de l'article 56.2 constitueixen una habilitació general per adoptar les mesures provisionals anticipades, i les garanties legals a les quals se sotmet aquesta potestat queden limitades a les exigències que estableix aquest precepte, al marge de les que ja existeixen o les que de manera facultativa es puguin establir amb rang de llei.

La primera exigència és el supòsit de fet en què es poden aplicar les mesures provisionals anticipades: “en els casos d'urgència inajornable i per a la protecció provisional dels interessos implicats”. La Llei 39/2015 ha intensificat la urgència que ja exigia la Llei 30/1992 qualificant-la d'inajornable, que ha de ser-ho la necessitat d'adoptar les mesures de protecció.

La segona és que les mesures anticipades han d'estar motivades, exigència que no establia la Llei 30/1992 en aquest punt, però sí en el precepte regulador de la motivació en general, com ja hem comentat.

I la tercera, com també s'exigeix per a les mesures provisionals posteriors a l'inici del procediment, és que resultin necessàries i proporcionades.

Atès el caràcter provisionalíssim d'aquestes mesures, la Llei exigeix que dins dels 15 dies següents a l'adopció siguin confirmades, modificades o aixecades en l'acord d'iniciació del procediment, de manera que si no s'inicia el procediment en el termini esmentat o quan l'acord d'iniciació no contingui un pronunciament exprés sobre aquestes mesures, aquestes queden sense efecte. Aquesta determinació comporta que la mesura provisional anticipada, una vegada que passi pel filtre de l'acord d'iniciació, perdi el qualificatiu d'anticipada i esdevingui una mesura provisional adoptada durant el procediment administratiu.

La redacció de l'apartat 4 de l'article 56 suscita el dubte de si la mesura provisional anticipada pot ser alçada o modificada tenint en compte que el precepte assenyala que es pot fer "durant la tramitació del procediment", un procediment que no s'ha iniciat encara. Una actitud respectuosa amb la literalitat de la Llei seria la de no esperar el transcurs dels 15 dies per incoar el procediment administratiu i en l'acord d'iniciació adoptar les provisions necessàries, però no sembla justificat ni just mantenir, tot i que sigui per un breu període de temps, la vigència d'una mesura provisional que s'ha revelat inadequada *a posteriori*.

6. Relació de mesures provisionals

És una novetat de la Llei la inclusió d'una relació de mesures provisionals, que no apareixia en la Llei 30/1992, que eixampla les que inclou l'article 15.2 del Reglament del procediment per a l'exercici de la potestat sancionadora, aprovat pel Reial decret 1398/1993, de 4 d'agost. L'article 56.3 de la Llei 39/2015 diu que es poden acordar les següents mesures provisionals:

- a) Suspensió temporal d'activitats.
- b) Prestació de fiances.
- c) Retirada o intervenció de béns productius o suspensió temporal de serveis per raons de sanitat, higiene o seguretat, i el tancament temporal de l'establiment per aquestes o altres causes establertes per la normativa reguladora aplicable.
- d) Embargament preventiu de béns, rendes i coses fungibles computables en metàl·lic per aplicació de preus certs.
- e) El dipòsit, la retenció o la immobilització de cosa moble.
- f) La intervenció i el dipòsit d'ingressos obtinguts mitjançant una activitat que es consideri il·lícita i la prohibició o cessació de la qual es pretengui.
- g) Consignació o constitució de dipòsit de les quantitats que es reclamin.
- h) La retenció d'ingressos a compte que hagin d'abonar les administracions públiques.

Es tanca la relació amb altres mesures que, per protegir els drets de les persones interessades, disposin expressament les lleis, o que es considerin necessàries per assegurar l'efectivitat de la resolució. Per tant, tot i la llarga enumeració, no hi ha un *numerus clausus* de mesures i se'n poden adoptar d'altres, amb una extensió tan àmplia com indica l'últim incís del precepte.

Crida l'atenció que la Llei prescriu que les mesures es poden acordar "en els termes que disposa la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil". Probablement és una remissió a la regulació que conté el títol VI de la Llei, atesa l'absència de regulació específica en la Llei 39/2015 sobre aquest particular, però aquesta determinació ha estat objecte d'una dura crítica del Consell d'Estat en el dictamen [CE 275/2015](#) -no atesa, però, pel legislador-, en què s'assenyala que "Esta expresión no es afortunada porque las medidas provisionales no se acordarán en un procedimiento administrativo en los términos que prevea la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino en los que disponga la ley que regule dicho procedimiento. Podría entenderse que lo que quiere significarse con esta redacción del artículo 83.3 del anteproyecto es que las medidas provisionales que incluye son las previstas en la citada Ley; pero aunque así fuera, no es propio de una ley reguladora del procedimiento administrativo prever la aplicación supletoria de una ley procesal".

7. Els perjudicis derivats de la mesura cautelar

La relació de mesures provisionals que ofereix la llei està integrada per un conjunt d'actes administratius que per la naturalesa i els efectes que tenen són restrictius de drets. L'efecte normal d'una mesura cautelar és una restricció de drets d'alguna de les persones implicades, que s'ha d'aplicar, com ja hem indicat, de manera proporcionada i de la forma menys onerosa per a la persona destinatària. La Llei afegeix a aquestes exigències l'exclusió de les mesures provisionals que puguin causar un perjudici de difícil o impossible reparació a les persones interessades o que impliquin violació de drets emparats per les lleis (art. 56.4). Sobre el concepte de "perjudicis de difícil o impossible reparació", el Tribunal Suprem en la Sentència de [22 de maig de 2001](#) indica que "dada la relación con la tutela cautelar y el derecho fundamental a la obtención de la tutela judicial efectiva, debe entenderse en el sentido de daños o perjuicios, impositivos y gravemente obstaculizadores del disfrute del derecho fundamental, e incluso del efecto útil de una hipotética sentencia estimatoria de la pretensión de la parte actora, de forma que esa tutela provisionálísima trata de velar la posición de la parte que aparentemente litiga con razón y preservar el derecho a la tutela judicial efectiva al final del proceso".

8. L'audiència de la persona interessada en l'adopció de mesures provisionals

L'article 56 de la Llei 39/2015 no inclou de manera expressa entre els requisits per adoptar una mesura provisional que es doni audiència a la persona interessada, tot i que les mesures que es poden adoptar poden arribar a ser molt oneroses per a les persones destinatàries. Sobre aquesta qüestió trobem una jurisprudència diversa en el sentit que en uns casos declara imprescindible la pràctica de l'audiència i en uns altres accepta l'adopció de la mesura provisional *inaudita parte*, però aquesta aparent discrepància es justifica en la major part dels casos en les circumstàncies concurrents i, sobretot, en la urgència amb què aquestes circumstàncies demanen l'adopció de la mesura. No és el mateix, en general, una mesura cautelar en un procediment sancionador que en una actuació administrativa en relació amb un abocament greument contaminant.

Assenyala, per exemple, la Sentència del Tribunal Suprem de [17 de febrer de 2003](#) que "La audiencia es esencial salvo en los casos de existencia de peligro o de riesgo que exijan una decisión administrativa urgente (sentencias de 11 de octubre de 2000, 14 de octubre de 1993, 10 de junio de 1992, 15 de diciembre y 17 de julio de 1989, 28 de septiembre de 1987 y 4 de octubre de 1986)".

També la Sentència de [17 de juliol de 2000](#) indica que "la posibilidad de adopción de medidas cautelares sin oír previamente a la persona a la que afectan, no vulnera, en sí misma, aquellos derechos constitucionales, pues encuentra justificación en su propia naturaleza, ante la hipótesis no descartable de situaciones urgentes en que sea necesaria su adopción para prevenir la lesión

de los bienes jurídicos en peligro, salvaguardándose los referidos derechos en los trámites procedimentales posteriores, en donde deben ser satisfechos los principios de presunción de inocencia y de proscripción de la indefensión [...]”.

El deure de motivació de la mesura cautelar resulta fonamental quan s’hagi de prescindir del tràmit d’audiència. Així, la Sentència del Tribunal Suprem de [20 de març de 2021](#) estableix que "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”.

De la mateixa manera, la Sentència de [15 de juliol de 2008](#) especifica que “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 [...]”.

9. La impugnació de les mesures provisionals

L’article 56 només fa referència a la impugnabilitat de l’acord d’iniciació del procediment que confirma, modifica o aixeca les mesures provisionals adoptades amb anterioritat (paràgraf 2), amb una determinació que és del tot aclaridora, perquè si l’acord d’iniciació no porta associat un pronunciament sobre una mesura cautelar és, en general, un acte de mer tràmit. Només es poden impugnar les mesures cautelars en aquest cas? No, perquè en qualsevol cas la mesura provisional configura un acte de tràmit qualificat que, en els termes de l’article 112 de la Llei 39/2015, és susceptible de recurs. Aquesta qüestió ja es va analitzar en un [apunt anterior](#) i ens hi remetem.



Pablo Herráez Vilas

Director d’Assessoria Jurídica de l’Agència Catalana de l’Aigua, doctor en dret i llicenciat en filosofia