

# CONTESTACION DISCURSO DE INGRESO EN LA AAJ DE D. JESUS MARIA CHAMORRO GONZALEZ.

Rafael Fonseca González.

Excmo. Sr. Presidente de la Academia Asturiana de Jurisprudencia. Ilmos. Sres. Académicos, Sras. y Sres.

En las Academias, la incorporación de nuevos miembros, con su tradicional ceremonia, es un acto de gran trascendencia, indicativo de la viveza de la Corporación que se ve enriquecida con las aportaciones que sin duda proporcionarán los nuevos académicos.

Y con esa trascendencia, hoy se incorpora a esta Academia Asturiana de Jurisprudencia, como nuevo académico de número, D. Jesús María Chamorro González (Medalla XXI vacante del Ilmo. Sr. D. José Álvarez Domínguez del que hago más las emotivas palabras pronunciadas por el nuevo académico).

Para mi es un honor contestar, en nombre de la Academia, al discurso de ingreso de D. Jesús María Chamorro. Y lo es por un doble motivo, porque es compañero desde hace muchos años en el Tribunal

Superior de Justicia de Asturias y porque con él me une una larga y entrañable amistad.

He de señalar, de entrada, que Jesús María Chamorro es un jurista con una muy sólida formación y con unas cualidades humanas extraordinarias, que lo hacen merecedor con toda justicia de este nombramiento.

Conocí al nuevo académico hace más de veinte años, a través de un entrañable amigo común, a quien quiero rendir un sentido recuerdo. Se trata del Excmo. Sr. D. Alvaro Galán Menéndez, asturiano, de Somiedo, que fue Magistrado de la Sala 3<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, quien, recién superadas por mí las pruebas de Magistrado especialista de lo contencioso administrativo, me habló del interés de Jesús María, a la sazón Juez de Primera Instancia e Instrucción de Pravia, de preparar dichas pruebas.

Puse a su disposición toda la documentación de que disponía, y sin duda buen uso hizo de la misma, completándola y actualizándola, para en un tiempo mínimo superar las pruebas de Magistrado especialista del Orden Jurisdiccional Contencioso administrativo, con destino primero en la Sala de lo Contencioso Administrativo del País Vasco, y posteriormente, al crearse los Juzgados de lo Contencioso Administrativo tras la Ley 29/1998, de

13 de julio, pasar a ser titular del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número uno de Oviedo.

Fue nombrado Presidente de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Asturias en mayo del año 2004, en cuyo cargo continúa, con los excelentes resultados que dicha Sala presenta en la actualidad.

Y esta brillante carrera profesional judicial se complementa con su abnegado servicio en defensa del Poder Judicial y de sus Jueces y Magistrados a través de la Asociación Profesional de la Magistratura, de la que hasta fechas recientes fue su presidente.

Pero al lado de tan brillante carrera judicial, ha realizado una amplia labor investigadora con un gran número de publicaciones, seminarios, mesas redondas, etc., sobre temas jurídicos de la especialidad, entre los que se cuentan los que lo fueron colaborando con esta Academia, como el mismo ha apuntado, y que no puedo detallar en este momento, pues sería muy largo de enumerar y no quedaría tiempo para referirse y contestar mínimamente al extraordinario discurso de ingreso que acabamos de escuchar, pero citemos, entre otras muchas, publicaciones como “La ejecutividad de las sanciones administrativas” en la Actualidad Administrativa. 1994, “El control judicial de las

disposiciones de carácter general” en Cuadernos de Derecho Local. 2008, “El procedimiento abreviado en la jurisdicción contencioso-administrativa” Aranzadi. 2003, o haber Coordinado los Comentarios a la Ley del Suelo Asturiana, 2003.

Ante el brillante discurso de ingreso del nuevo Académico, he de proclamar públicamente la satisfacción que me ha producido, leer primero y ahora escuchar, su discurso, pues se trata de un trabajo jurídicamente riguroso, muy bien fundamentado, sistematizado y documentado, lo que en absoluto me ha extrañado siendo, como soy, conocedor de su sólida formación jurídica y de sus indudables méritos profesionales, junto con su gran calidad humana, sinceridad, humildad y laboriosidad.

El tema elegido “La tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo” es una pieza de importancia capital en la justicia administrativa, y se analizan, con rigor y claridad, todos los aspectos y problemática de la cuestión. Pues, en efecto, los actos administrativos (y disposiciones generales que dictan) son ejecutivos, y los procesos contencioso-administrativos tienen un tiempo de duración, en ocasiones excesivo, de ahí el interés de los particulares de que el acto administrativo no se

ejecute hasta que haya un pronunciamiento judicial de fondo.

El lema acuñado por Chiovenda de que “el tiempo necesario para tener razón no debe causar daño al que tiene razón”, que posteriormente hizo suyo la doctrina y la jurisprudencia de los Tribunales, encierra toda la esencia de la tutela cautelar. Para Calamandrei se trata de una anticipación provisoria de los efectos de la garantía jurisdiccional, y el profesor Guasp señala que su finalidad es que no se disipe la eficacia de una eventual resolución judicial. En definitiva, como recuerda el Auto del Tribunal Supremo de 8 de mayo 2012, “el periculum in mora” forma parte de la esencia de la medida cautelar, pues, en definitiva, con ella se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil”, y no se agota en la fórmula de la irreparabilidad del perjuicio que se pueda producir, pues su justificación puede presentarse con abstracción de aquél, si se advierte que pueda producirse una situación que haga ineficaz el proceso.

Con total acierto se parte en el discurso de los tiempos para que se produzca la resolución de los procesos, que no son hoy los mismos, como bien señala el nuevo académico, tras las reformas procesales y creación de nuevos órganos en el orden jurisdiccional contencioso administrativo, por lo que

la justicia cautelar hay que situarla ahora en un escenario distinto en cuanto al tiempo de respuesta judicial de fondo, aunque siempre incluida en el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución Española, y que como ha reiterado el Tribunal Constitucional, se satisface facilitando un control judicial de la ejecutividad por los órganos judiciales competentes para el control judicial de la actividad administrativa litigiosa, como se ha expuesto en el discurso que se acaba de exponer.

Pero la tutela cautelar ha tenido una evolución tanto normativa como jurisprudencial a lo largo del tiempo. Basta señalar que la Ley Jurisdiccional de 1956, continuadora de la doctrina de la Ley de 1894, sólo contemplaba como medida cautelar la suspensión. Con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 la jurisprudencia comenzó a desbordar aquella única previsión (la suspensión), pasando, y es significativo, la referencia normativa actual a “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”, y ello bajo una rúbrica amplia de “medidas cautelares” y no simplemente de suspensión, abriéndose un amplio abanico de medidas cautelares, incluidas las de contenido positivo. Es decir, se ha pasado de la mera medida cautelar de “suspensión” a una verdadera tutela cautelar, cubriendo el contenido de la tutela judicial efectiva.

De gran interés son los aspectos procedimentales del incidente de medidas cautelares, con riguroso análisis de los artículos 129 y ss. de la Ley Jurisdiccional, que el nuevo académico desarrolla con sólida interpretación legal y aspectos muy interesantes que se presentan en la práctica.

Partiendo del momento procesal de la solicitud de las medidas, a tramitar en pieza separada de los autos principales, se resuelve la problemática del emplazamiento de los demandados, la prueba en dicho incidente, los recursos frente al auto resolutorio y la cuantía del mismo, así como su modificación y su vigencia en el tiempo. También se estudia con detalle las medidas denominadas cautelarísimas o adoptadas “inaudita parte”, con las modificaciones introducidas por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, al igual que toda la problemática de las contracautelas, para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 133 de la Ley Jurisdiccional, de acordar las medidas adecuadas para evitar o paliar los perjuicios que de la adopción de la medida cautelar pudieran derivarse, cualquiera que sea su naturaleza.

Por otra parte, el estudio de los requisitos sustantivos para la adopción de las medidas cautelares, se aborda con una rigurosa argumentación.

El por qué, en primer lugar no se contiene expresamente en el texto legal el criterio del “fumus boni iuris”, que desde luego no deja de ser aplicable, como viene reiterando la jurisprudencia, aunque restrictivamente para salvaguardar indebidas incursiones en el fondo del asunto que tiene su espacio procesal en los autos principales, y que el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoria de la Ley Jurisdiccional, recoge, sin perjuicio de los casos concretos en que la pretensión pueda reconducirse a supuestos contemplados en el Derecho de la Unión Europea.

De todas formas, el que no se frustre la finalidad del recurso, con la sentencia que en su día se dicte, previa valoración circunstanciada de los intereses en presencia, son los parámetros básicos de decisión, que no se presentan con igualdad en todos los casos, imperando la casuística, aunque haya campos en los que la pérdida de finalidad del recuso se presenta con mayor intensidad, como pueden ser, a título de ejemplo, el ámbito de las sanciones administrativas, aunque no siempre en la misma medida, y que el nuevo académico analiza con detalle.

En cualquier caso, la normativa contempla una cláusula de cierre limitativa al otorgamiento de la medida cautelar, que se concreta en que con ella pueda producirse una perturbación grave del interés

general, lo que no siempre es fácil de concretar, aunque, en ciertos casos, la postura adoptada previamente por la Administración puede ser indicativa, así, si la propia Administración acuerda la medida cautelar en la vía administrativa cabe entender que esa perturbación grave del interés general no se produce, piénsese en el criterio que mantiene la administración, basado en la propia normativa reguladora, para suspender la ejecutividad de las liquidaciones tributarias, en las que la prestación de garantía, es para la Administración suficiente, aunque ello no supone que en el ámbito del proceso contencioso administrativo se prescindiera de los parámetros de fundamento de la Ley Jurisdiccional.

No faltan tampoco las especialidades de los criterios de adopción de medidas cautelares, en los casos especiales de los artículos 29 y 30 de la LJCA, referidos a supuestos de inactividad y de vías de hecho, con la posibilidad de que puedan solicitarse las medidas cautelares antes de la interposición del recurso, así como la desaparición de la regulación legal específica de la tutela en materia de derechos fundamentales.

Estudio aparte dedica el nuevo académico, en su brillante discurso de ingreso, a la importante y trascendente cuestión relativa a las medidas

cautelares cuando se proyectan sobre disposiciones de carácter general.

Y sin duda, es necesaria una agilización del proceso Contencioso-Administrativo. Hoy el procedimiento en primera o única instancia, cuando se trata del control de la legalidad de los reglamentos, dada su duración, puede dar lugar a que se dicten sentencias en actos de aplicación de la disposición general, incluso con recursos indirectos, antes de que se resuelva por sentencia el recurso directo, con las distorsiones que ello provoca.

La valoración de los intereses en presencia tiene aquí una perspectiva distinta, pues la necesidad de que no se perturbe gravemente el interés general cobra vigencia cuando la eficacia de una disposición general está suspendida y se retrasa largo tiempo hasta que se dicte la sentencia de fondo. La jurisprudencia ha sido muy restrictiva, aunque se atisba algún cambio en los últimos tiempos, por ejemplo en casos de suspensión de los Planes Generales de Ordenación Urbana. Sin olvidar, además, tiene un momento procesal preciso para su solicitud según recoge el artículo 129.2 de la Ley Jurisdiccional.

Por último, y para finalizar estas palabras de contestación al brillante discurso de ingreso del nuevo académico, quisiera resaltar, a modo de

reflexión, que la tutela cautelar, pieza clave en la justicia administrativa como se ha reiterado, ha evolucionado a lo largo del tiempo, tanto desde el punto de vista normativo como jurisprudencial, y hoy disponemos de los instrumentos legales necesarios para que el operador jurídico logre, en los casos procedentes, que no se frustre la finalidad del recurso, si bien la clarificación de algunos aspectos concretos y evitar algunas distorsiones, junto con que no se produzca una excesiva duración de los procesos, parecen todavía mejorables, porque en definitiva es incuestionable que,

1.- La justicia administrativa no puede entenderse sin una tutela cautelar eficaz.

2.- La tutela judicial efectiva, en la que se integra la justicia cautelar, es el primer parámetro de interpretación.

Y 3.- Los pasos dados para que el proceso no tenga dilaciones acusadas, no impedirá la necesidad de adoptar, en los casos procedentes, la medida cautelar, pues el proceso siempre va a tener una duración, aunque se cumplan estrictamente los plazos legales de la tramitación de los procedimientos.

Y con lo anteriormente expuesto, reiterando los extraordinarios méritos profesionales y personales

de D. Jesús María Chamorro González, con el brillante discurso de ingreso que acaba de exponer, abordando toda la problemática jurídica de la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo, no queda sino, felicitar al nuevo académico y a esta Academia Asturiana de Jurisprudencia que se enriquece con tu ingreso. Ha sido para mi un honor contestar a tu discurso de ingreso, y como miembro de esta Academia, como compañero y amigo recibe mi enhorabuena.

He terminado.

Oviedo, 20 de marzo de 2013.