

EL INTERDICTO DE OBRA NUEVA FRENTE A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS A LA LUZ DE LA LECiv 2000

Por

JOSÉ ANTONIO TARDÍO PATO

Profesor Titular de Universidad de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DE LA PROMULGACIÓN DE LA LECiv 2000: A) *Los argumentos contrarios a la procedencia.* B) *Los argumentos favorables a la procedencia.*—III. LA NUEVA REGULACIÓN DEL INTERDICTO DE OBRA NUEVA EN LA LECiv 2000.—IV. CONCLUSIONES SOBRE SU ADMISIBILIDAD FRENTE A ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—V. COMPATIBILIDAD DEL INTERDICTO DE OBRA NUEVA CON LAS MEDIDAS CAUTELARES INDETERMINADAS DE LA JURISDICCIÓN CIVIL.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de las vías de impugnación frente a las vías de hecho expropiatorias que nos ofrece el Ordenamiento jurídico (1), la figura de los interdictos de obra nueva es la que hasta ahora se ha manifestado como la más problemática y controvertida.

Sin lugar a dudas, ha sido el medio de impugnación que más reflexiones doctrinales ha concitado tras de sí y la controversia de su procedencia ha sido muy grande tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales e incluso en la denominada jurisdicción de conflictos jurisdiccionales (2).

En el momento de abordar el estudio de los remedios jurídicos frente a las expropiaciones por vía de hecho (3), me atrajo dicho debate y me propuse que, sin perjuicio de analizar en dicho momento tal figura dentro de los límites expositivos que aquel estudio imponía, más adelante, dedicaría especial atención y detalle a la interposición de interdictos de obra nueva frente a Administraciones públicas, con una reflexión más pausada de los

(1) A su análisis hemos dedicado nuestro reciente libro: José Antonio TARDÍO PATO, *Expropiación forzosa y acciones civiles*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2000.

(2) Una referencia sumaria del mismo ofrecemos en nuestro libro citado, págs. 125 y ss.

(3) Contamos con el recurso contencioso-administrativo, la protección penal derivada de la tipificación del delito de expropiación ilegal (art. 541 del CP) y, dentro de la jurisdicción civil, no sólo con el interdicto de obra nueva (hoy procedimiento contemplado en el art. 250.1.5 de la LECiv 2000), sino también con los interdictos de retener y recobrar (art. 250.1.4 de la LECiv 2000), el procedimiento previsto en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria (art. 250.1.7 de la LECiv 2000) y las acciones civiles ejercitables a través de procesos declarativos ordinarios: acción reivindicatoria, acción publiciana, acciones derivadas de la accesión, acción negatoria y acción de reintegración de enriquecimiento sin causa.

argumentos esgrimidos en favor y en contra de su admisión, que desembocase en una toma de postura más definitiva por mi parte.

Y el hecho de la promulgación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (la Ley 1/2000), que remodela dicha vía interdictal (aun prescindiendo de este calificativo) y zanja alguno de los reparos opuestos a tal medio impugnatorio en el marco de la anterior legislación, me ha empujado, finalmente, a elaborar el presente trabajo.

II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DE LA PROMULGACIÓN DE LA LECiv 2000

En el momento de la promulgación de la LECiv 2000, nos encontramos con una posición decididamente contraria a dichos interdictos frente a obras públicas en la denominada jurisdicción de conflictos, que, hasta 1993, había sido favorable; una posición muy mayoritaria en las Audiencias Provinciales, que los admite; y una doctrina científica que también los acepta, mayoritariamente, pero con determinados ajustes complementarios.

Dentro de la jurisdicción de conflictos jurisdiccionales, han rechazado la procedencia de dicha vía interdictal contra obras públicas el Decreto decisorio de competencias 386/1963, de 21 de febrero («BOE» de 2 de marzo); dos Sentencias de la Sala Especial de Conflictos prevista en el artículo 38.1 de la LOPJ de 20 de diciembre de 1993 (RJ 1995\5974 y RJ 1995\5978, respectivamente); otra de 21 de diciembre de 1993 (RJ 1993\9932) (4); otra de 30 de marzo de 1998 (RJ 1998\7464, «BOE» de 13 de junio) (5); otra de 9 de abril de 1999 («BOE» de 29 de junio) (6), y otra de 20 de octubre de 1999 («BOE» de 6 de diciembre) (7).

En la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, podemos destacar entre las que rechazan su admisibilidad las Sentencias de la Audiencia Provincial de León de 7 de abril de 1987 (8), 26 de mayo de 1987 y 6 de octubre de 1992 (9); la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25

(4) Ponente: P. García Manzano.

El contenido de esta última Sentencia de la Sala de Conflictos y un comentario de la misma es recogido por L. MARTÍN REBOLLO, en «Ley del Suelo y juicio interdictal», en *Estudios en honor de Aurelio MENÉNDEZ*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1996, págs. 4544 y ss.

Referencia a las tres sentencias de 1993 citadas y una fuerte crítica de las mismas incluye la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de diciembre de 1995 (AC 1995\2301, Ponente: Belo González).

(5) Ponente: J. Rodríguez Zapata.

(6) Ponente: J. L. Manzanares Samaniego.

(7) Ponente: J. L. Manzanares Samaniego.

(8) El texto de esta Sentencia está recogido por Jordi NONELL GALINDO, en su Comentario jurisprudencial en la «REDA», núm. 55, año 1987 (págs. 451 y ss.), titulado *Improcedencia del Interdicto de Obra nueva contra las obras públicas (Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 7 de abril de 1987)*.

(9) «Actualidad Civil», núm. 10, período 16-31 de mayo de 1993. Ponente: Sr. García Sánchez. Esta Sentencia invoca las otras dos anteriores de la misma Audiencia citadas.

de junio de 1992 (10); la de la Audiencia Provincial de La Coruña de 18 de marzo de 1996 (11); la de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2.ª) de 15 de diciembre de 1997 (AC 1997\2546), y la de la Audiencia Provincial de Orense, Sección Unica, de 10 de abril de 1999 (AC 1999\856).

Y, en la doctrina científica, J. NONELL GALINDO (12) y F. PÉREZ CRESPO PAYA y L. BERMÚDEZ ODRIOZOLA (13) han defendido su inadmisibilidad con total rotundidad.

Sin embargo, han admitido su procedencia diversos Decretos decisorios de competencias, entre los que podemos destacar, con posterioridad a la aprobación de la LEF, el de 5 de diciembre de 1957 (Ar. 3384) (14) y el de 11 de julio de 1984 (Ar. 3857), así como la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 23 de noviembre de 1987 (Ar. 8726) (15).

Entre las Sentencias de las Audiencias Provinciales favorables a dicha admisión, podemos resaltar la de la AP de Málaga, Sección 4.ª, de 18 de diciembre de 1990 (16); la de la AP de Burgos, Sala Civil, Sección 2.ª, de 6 de mayo de 1991 (17); la de la AP de Huesca de 15 de octubre de 1992 (AC 1992\1390); la de la AP de Toledo, Sección 1.ª, de 1 de febrero de 1993 (AC 1993\692); la de la AP de Madrid de 6 de febrero de 1993 (de la Sección 14, AC 1993\141); la de la AP de Badajoz de 25 de enero de 1994 (AC 1994\131); la de la AP de Madrid de 12 de diciembre de 1995 (Ponente: Belo González, AC 1995\2301) (18); la de la AP de Cuenca, Sección Unica, de 20 de abril de 1998 (AC 1998\851) (19); la de la AP de Teruel de

(10) Citada por J. A. CAÍNZOS FERNÁNDEZ, «El interdicto de obra nueva contra la Administración pública», en *Los procesos interdictales*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 330.

(11) Citada por la SAP de Cuenca, Sección Unica, de 20 de abril de 1998 (AC 1998\851), que apoya la tesis contraria.

(12) J. NONELL GALINDO, *Improcedencia del interdicto de obra nueva contra las obras públicas*, «REDA», 55, año 1987, págs. 452 y ss.

(13) F. PÉREZ CRESPO PAYA y L. BERMÚDEZ ODRIOZOLA, «Los interdictos contra la Administración y el derecho de reversión», en el libro *Expropiación forzosa*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, año 1992, págs. 182 y ss.

(14) F. PERA VERDAGUER relaciona un número importante de los mismos anteriores a 1954 (*Expropiación Forzosa*, 4.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1992, pág. 720).

(15) La Sentencia de la Sala de Conflictos de 14 de diciembre de 1990 (RJ 1990\10383), citada entre las que admiten tal figura interdictal frente a las obras públicas, en realidad no se pronuncia sobre su procedencia, sino que analiza directamente si se produjo vía de hecho o no. Considera que no hubo vía de hecho, porque la Administración actuó en materia de su competencia y por el procedimiento administrativo adecuado y, en consecuencia, resuelve el conflicto a favor de la Administración pública.

(16) «Revista General del Derecho», año 1991, págs. 11240 y ss.

(17) «RGD», año 1992, págs. 12729 y ss.

(18) Esta última Sentencia declara la procedencia del interdicto de obra nueva frente a las Administraciones públicas, con una fuerte crítica de las ya citadas Sentencias de diciembre de 1993 de la Sala Especial de Conflictos prevista en el artículo 38.1 LOPJ, con la afirmación de que, como dicho Tribunal no forma parte del Tribunal Supremo, su doctrina no constituye jurisprudencia en el sentido del artículo 1.6 CC.

(19) La defensa de la procedencia de esta clase de interdictos la realiza la Audiencia en los siguientes términos:

«Esta Sala no desconoce que, en efecto, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en sus Resoluciones de fechas 20 y 21 diciembre 1993

29 de abril de 1998 (AC 1998\4883); la de la AP de Castellón de 10 de junio de 1998, Sección 2.ª (AC 1998\1153); la de la AP de Málaga, Sección 6.ª, de 30 de junio de 1998 (AC 1998\8830); la de la AP de Badajoz de 1 de septiembre de 1998, Sección 2.ª (AC 1998\6658); la de la AP de Guadalajara de 19 de noviembre de 1998 (AC 1998\8410); la de la AP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 8 de mayo de 1999 (AC 1999\5211); y las de la AP de Burgos de 31 de mayo de 1999, Sección 3.ª (dos sentencias de la misma fecha, AC 1999\5911 y AC 1999\5912); 1 de junio de 1999, Sección 3.ª (AC 1999\6241), y 21 de septiembre de 1999, Sección 2.ª (AC 1999\6226).

(Ar. 1993\5974; 1993\5978; y 1993\9932), se ha pronunciado en el sentido de que contra la ejecución de obras de interés público emprendidas por la Administración resulta improcedente plantear el interdicto de obra nueva, tesis que ha sido acogida por diferentes Audiencias Provinciales del Estado, razonando, además, sobre la base de que el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa permite que, cuando sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, la Administración ocupare o intentare ocupar la cosa objeto de la expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener y recobrar, entendiéndose así esta corriente doctrinal y jurisprudencial que queda definitivamente excluido el interdicto de obra nueva (en este sentido, puede verse, por ejemplo, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de La Coruña de fecha 18 marzo 1996).

Otras Audiencias Provinciales, en cambio, a cuyas tesis se ha adscrito esta Sala en varias de nuestras resoluciones, entienden que la admisión de demandas de interdicto de obra nueva contra las actuaciones de la Administración Pública pueden, es cierto, repercutir negativamente en la satisfacción de los intereses generales que la misma tiene constitucionalmente encomendados, en la medida en que la sola presentación de la demanda de interdicto de obra nueva ocasiona de suyo la suspensión de la obra emprendida. Esta circunstancia, no basta, sin embargo, para sostener con carácter general la improcedencia, en todo caso, de los interdictos de obra nueva frente a la Administración pública.

En efecto, la legislación vigente no excluye, a nuestro juicio, al menos de modo inequívoco, la viabilidad de los interdictos de obra nueva contra la Administración. El artículo 101 de la Ley 30/1992, 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que no se admitirán a trámite interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos "realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido", de esta manera, parece claro que, interpretado el precepto en sentido inverso, se están en él admitiendo los interdictos contra la Administración en materias ajenas a su competencia o con infracción de las normas esenciales de procedimiento. Así pues, entendemos que la vía interdictal ha de quedar abierta frente a los actos de la Administración que se ejerciten por las vías de mero hecho, es decir, por órganos manifiestamente incompetentes o con absoluta ignorancia de las esenciales normas del procedimiento, actos que, en definitiva, aparecen carentes de toda cobertura jurídica (En este mismo sentido, por ejemplo, Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 31 mayo 1995 [AC 1995\1783], Badajoz de fecha 15 febrero 1996 [AC 1996\234], Toledo de fecha 18 julio 1996 [AC 1996\1518] o la nuestra de fecha 11 febrero 1997 [AC 1997\365].)»

Y, en la doctrina científica, F. SAINZ MORENO (20), J. J. TORRES FERNÁNDEZ (21), C. ALVAREZ-LINERA Y URÍA (22), L. MARTÍN REBOLLO (23) y J. BARCELONA LLOP (24) mantienen una posición favorable a dicho interdicto, siempre y cuando se interpreten las normas reguladoras del mismo de modo que pueda declararse su inadmisibilidad en caso de no existir vía de hecho.

Pero centrémonos en los argumentos esgrimidos en pro y en contra de su procedencia frente a las obras públicas, para poder contrastarlos posteriormente.

A) *Los argumentos contrarios a la procedencia*

Los invocados en contra por las Sentencias atrás citadas y por la doctrina científica han sido los siguientes:

1. La falta de previsión específica por nuestro Ordenamiento jurídico de la procedencia de tal interdicto.

Se destaca que el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa sólo menciona expresamente, entre los mecanismos impugnatorios frente a las vías de hecho expropiatorias, los «interdictos de retener y recobrar» y no el de obra nueva (25). Y, aunque añadida que podrán utilizarse los «demás me-

(20) F. SAINZ MORENO (*Defensa frente a la vía de hecho: recurso contencioso-administrativo, juicio interdictal y amparo*, núm. 123 de esta REVISTA, 1990, págs. 330 y ss., especialmente la 332) entiende que ninguno de los dos factores (suspensión inmediata de la obra y dilatada paralización de ésta hasta que se produce una decisión judicial definitiva) derivan necesariamente de la regulación del interdicto de obra nueva en la Ley de Enjuiciamiento Civil. El primero, porque el artículo 1663 LECiv no impide que el juez, antes de dictar la providencia acordando la suspensión de la obra, examine *ad limine litis* si es admisible la demanda, esto es, si los hechos alegados y los documentos aportados permiten estimar que se ha producido vía de hecho. Y el segundo, porque, una vez admitida la demanda y dictada la providencia de suspensión, el juicio debe celebrarse «el día más próximo posible» (art. 1663 LECiv) e, inmediatamente después, «dentro de los tres días siguientes al de la celebración del juicio verbal o al de la diligencia de inspección, en su caso, el juez dictará sentencia» (art. 1668 LECiv).

(21) J. J. FERNÁNDEZ TORRES, *Los interdictos de obra nueva y la Administración Pública: Problemas que plantea el actual diseño rituario de los interdictos de obra nueva y propuestas críticas al mismo*, «Actualidad Administrativa», núm. 6, semana 4-10 de febrero de 1991, págs. 93 y ss.

(22) C. ALVAREZ-LINERA Y URÍA, *El interdicto de obra nueva frente a la Administración*, «La Ley», año 1992, tomo IV, págs. 1090 y ss.

(23) L. MARTÍN REBOLLO lo entiende admisible, pero propugna la incorporación de un trámite de admisión a dicho interdicto o la posibilidad de matizar o moderar el automatismo de la suspensión («Ley del Suelo y juicio interdictal», págs. 4547-4548).

(24) J. BARCELONA LLOP, *Notas sobre el interdicto de obra nueva contra la Administración*, «Actualidad Jurídica Aranzadi», núm. 309 de 1997, págs. 1 y ss.

(25) La SAP de Orense de 10 de abril de 1999 (AC 1999856) afirma, en el supuesto que resuelve, que existe inadecuación de procedimiento, pues «para el caso de que [...] fuesen admisibles los interdictos posesorios a los que se refiere el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa, que los admite para el caso de que no se hubiesen cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, según proceda, en los términos establecidos en la misma

dios legales procedentes», si tenemos en cuenta que la regla general es la inadmisión de interdictos contra la Administración, admitir el interdicto de obra nueva en los supuestos del artículo 125 LEF supone hacer una interpretación extensiva de una norma excepcional, que por su propio carácter ha de ser interpretada restrictivamente (26). La expresión los «demás medios legales procedentes» debe ser interpretada en forma estricta y nunca extensiva o analógica, para no ampliar la excepción a supuestos que el legislador no deseó comprender en ella (27).

Si el legislador hubiera querido incluir otro tipo de interdictos, lo habría consignado así específicamente o se hubiera referido de forma genérica a los interdictos, sin concretarse sólo a dos de sus modalidades. Por eso, esos otros «medios legales» a que alude el artículo 125 LEF son de distinta naturaleza a los de la acción interdictal legalmente mencionada (28).

A lo anterior se añade que el texto de la regla 6.ª, inciso final, del artículo 52 LEF, concerniente a la expropiación por el procedimiento de urgencia, vuelve a referirse exclusivamente a los interdictos de retener y recobrar como aquellos que pueden ser interpuestos frente a la Administración, cuando ésta no realiza el depósito previo a la ocupación, y no al interdicto de obra nueva (29).

2. La modificación del artículo 71 LECiv 1881 realizada por la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, que se invoca en favor de la procedencia del interdicto en estudio (porque, al regular la competencia territorial en procesos civiles en los que son parte las Administraciones públicas, menciona explícitamente a los interdictos de obra nueva), no es suficiente para admitir dicha procedencia, ya que la regulación de la competencia territorial no es la sede sistemática adecuada para zanjar normativamente la vieja polémica, ni sería lógico excluir de tal procedimiento a la Administración Local, silenciada en el precepto citado (30).

3. Se ha de separar la desposesión de inmuebles, que es objeto de los interdictos de retener y recobrar, de la obra pública en trance de ejecución. El artículo 125 LEF sólo contempla el momento de la conversión de titula-

Ley [...], se excluye, por omisión, el interdicto de obra nueva, ya que en otro caso podría verse afectada la ejecución de obras públicas con la paralización de las mismas a instancia de particulares, incluso en virtud de reclamaciones absolutamente insostenibles, ya que ése es el primer efecto que lleva consigo la admisión a trámite de ese interdicto» (f.j. 2.º).

(26) Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 7 de abril de 1987.

(27) Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 6 de octubre de 1992.

(28) Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 6 de octubre de 1992.

(29) Sentencias de la Sala de Conflictos de 9 de abril de 1999 («BOE» de 29 de junio, f.j. 2.º) y de 20 de octubre de 1999 («BOE» de 6 de diciembre, f.j. 1.º).

Aunque estas dos Sentencias ponen énfasis en señalar que la improcedencia no deriva sólo de su falta de previsión en los artículos 52.6 y 125 LEF, sino, sobre todo, de las demás razones que recogen a continuación y que nosotros exponemos en los párrafos subsiguientes del texto principal.

(30) Sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 21 de diciembre de 1993 (RJ 1993\9932, f.j. 4.º), 9 de abril de 1999 («BOE» de 29 de junio, f.j. 3.º) y 20 de octubre de 1999 («BOE» de 6 de diciembre, f.j. 1.º).

ridades privadas en públicas o demaniales sin acto o cobertura legítima, en relación con bienes inmuebles, y no el ulterior de ejecución de obras públicas.

La finalidad a que se enderezan las acciones interdictales es hacer cesar a la Administración en las perturbaciones o amenazas de desposesión o reintegrar al interdictante en la posesión perdida, pero no preservar al propietario de los daños que una obra pública le pueda ocasionar (31).

Esta finalidad luce en la expresión que ya recogía el artículo 4.º de la Ley de Expropiación Forzosa de 1879, así como en el artículo 349.2 del Código Civil y en el enunciado final del artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa actual: «para que los jueces le amparen (interdicto de retener) y, en su caso, le reintegren (interdicto de recobrar), en su posesión amenazada o perdida» (32).

4. El interdicto de obra nueva supone la suspensión inmediata de las obras denunciadas, sin que frente a la resolución que acuerda dicha suspensión exista, a su vez, medio de enervar su efectividad.

En los interdictos de retener y recobrar, el juez hace cesar la ejecutividad de los actos administrativos, tras una fase procesal con contradicción y aportación probatoria, que le lleva a calificar como «vía de hecho» la actuación sometida a su conocimiento.

No sucede lo mismo en el interdicto de obra nueva, en el que, admitida la demanda a trámite, el juez ordena la inmediata suspensión de las obras realizadas por la Administración, en el estado en que éstas se encuentren, sin una mínima fase probatoria e «inaudita parte». No es una actividad propiamente jurisdiccional ni una resolución judicial sobre el fondo lo que produce la paralización de las obras, sino una medida cautelar conectada automáticamente a la demanda interdictal, según dispone el artículo 1663 de la LECiv 1881 (33). Produce «inaudita parte» un efecto inmediato que es precisamente el de una suspensión que puede prolongarse años por la vía del recurso (34).

De ahí que los interdictos de retener y recobrar aparezcan como los únicos admisibles según esta dirección argumental (35); sin perjuicio de que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2.ª, de 15 de diciembre de 1997 —AC 1997\2546—) mantenga incluso que contra las obras públicas no caben ni el interdicto de obra nueva ni los otros dos.

(31) Sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 21 de diciembre de 1993 (f.j. 2.º) y de 30 de marzo de 1998 (f.j. 4.º).

(32) Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 21 de diciembre de 1993 (f.j. 2.º).

(33) Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 30 de marzo de 1998 («BOE» de 13 de junio, f.j. 5.º).

(34) Sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 9 de abril de 1999 (f.j. 2.º) y 20 de octubre de 1999 (f.j. 1.º).

(35) Sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 20 de diciembre de 1993 (RJ 1995\5974), 20 de diciembre de 1993 (RJ 1995\5978), 21 de diciembre de 1993 (RJ 1993\9932), 9 de abril de 1999 («BOE» de 29 de junio) y 20 de octubre de 1999 («BOE» de 6 de diciembre).

5. La incompatibilidad del interdicto en cuestión con la presunción de validez del acto administrativo y su ejecutividad (de su autotutela en general), por cuanto con la simple presentación de la demanda, sin oír a la Administración, el juez acuerda la paralización de la obra (36).

6. La Administración no puede acudir al proceso declarativo ordinario que prevé el artículo 1671 LECiv 1881 para pedir la continuación de la obra, si existe una sentencia firme estimatoria de la demanda interdictal, porque no puede someter al análisis del juez civil la actividad de la Administración regulada por el Derecho Administrativo (37).

7. La obra pública redundante en interés general, que deriva de la propia significación de la Administración como gestora de intereses generales, y no cabe consentir que la realización de una obra de dicha naturaleza quede diferida a un ulterior proceso declarativo (38).

Se subraya que la prohibición del interdicto que nos ocupa encuentra su fundamento en la necesaria primacía del interés público, evitando así que el mismo pueda paralizar obras públicas y producir, en la mayoría de las ocasiones, importantísimos perjuicios (no sólo de índole económica) a la colectividad ciudadana (39).

8. El artículo 25.2 de la Ley 29/1998, de Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, que admite el recurso contencioso-administrativo contra las vías de hecho, y el artículo 30 de la misma Ley, que establece un régimen de impugnación previo a dicho recurso, avanzan inequívocamente en el sentido de la exclusión de los interdictos de obra nueva (40).

(36) J. NONELL GALINDO (*Improcedencia...*, págs. 452 y ss.) subraya que debe considerarse inadmisibles, porque, además de no estar previsto expresamente en el artículo 125 LEF, es incompatible totalmente con los principios básicos que estructuran nuestro Ordenamiento jurídico y que han colocado a la Administración pública en una posición singular respecto de la jurisdicción ordinaria. Destaca que es inaceptable que por la vía de dicho interdicto pueda depender de la simple voluntad de un particular la paralización de las obras públicas, aunque esa paralización sea provisional y vaya a durar sólo unos meses o unos años. Y afirma que, en el terreno de los principios, no encuentra ninguna razón, sino todo lo contrario, que pueda justificar el otorgamiento de mayor credibilidad y eficacia a la demanda de un particular que al acto de la Administración.

Asimismo, F. PÉREZ CRESPO PAYA y L. BERMÚDEZ ODRIÓZOLA, en su trabajo citado, págs. 183-184.

(37) SAP de Barcelona de 25 de junio de 1992. Reseñada por F. PÉREZ CRESPO PAYA y L. BERMÚDEZ ODRIÓZOLA, en su trabajo citado, págs. 186-187. Asimismo, por J. A. CAÍNZOS FERNÁNDEZ, en su trabajo «El interdicto de obra nueva contra la Administración pública», incluido en el libro *Los procesos interdictales*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VI, CGPJ, año 1993, pág. 330.

Para F. PÉREZ CRESPO PAYA y L. BERMÚDEZ ODRIÓZOLA, este argumento es el determinante de su inadmisibilidad (pág. 187).

(38) Sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 20 de diciembre de 1993 (RJ 19955974), 20 de diciembre de 1993 (RJ 19955978), 9 de abril de 1999 («BOE» de 29 de junio) y 20 de octubre de 1999 («BOE» de 6 de diciembre).

(39) SAP de León de 6 de octubre de 1992.

(40) Sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 9 de abril de 1999 («BOE» de 29 de junio, f.j. 3.º) y 20 de octubre de 1999 («BOE» de 6 de diciembre, f.j. 1.º).

B) *Los argumentos favorables a la procedencia*

Como hemos visto, hasta 1993, la jurisdicción de conflictos ha admitido explícita o implícitamente la procedencia de dicho interdicto.

En una primera fase, su aceptación se ha basado lisa y llanamente en la consideración de que, como cualquier clase de interdicto, es admisible exclusivamente cuando la Administración ha incurrido en vía de hecho, de tal modo que, si ésta se ha producido, cabe su interposición y el conflicto jurisdiccional debe resolverse a favor del órgano jurisdiccional (41).

Y, en una segunda fase, en la que actúa ya la Sala Especial de Conflictos de Jurisdicción prevista en el artículo 38.1 de la LOPJ, se intenta evitar un pronunciamiento sobre la posibilidad o no de utilizar el interdicto en cuestión, pero se admite implícitamente, entrando directamente en el examen de la existencia o no de vía de hecho administrativa (42).

Los razonamientos más elaborados aducidos en favor de la procedencia del interdicto en análisis los encontramos en la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, en la que se manifiestan sentencias muy notables desde el punto de vista técnico. Entre aquéllos, podemos destacar los siguientes:

La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 8 de mayo de 1999 (AC 1999\5211), aunque admite categóricamente la procedencia del interdicto en estudio frente a Administraciones públicas e incluso estima la demanda interdictal en el caso que resuelve, subrayando que el proceso se promovió con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva LJCA, afirma que «la cuestión, sin embargo, habrá que replantearla como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de junio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la que se contempla ya (artículos 25.2 y 30) la vía de hecho de la Administración como una actividad administrativa impugnabile y objeto del recurso contencioso-administrativo».

(41) Decretos decisorios de competencias de 5 de diciembre de 1957 (Ar. 3384) y de 11 de julio de 1984 (Ar. 3857). Este último invoca, a su vez, el Decreto 2882/1968, de 21 de noviembre («BOE» del 26), que aplica la misma doctrina en un supuesto de interposición de un interdicto de retener y recobrar.

(42) La Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 23 de noviembre de 1987 (RJ 8726) comienza afirmando que el conflicto jurisdiccional no es el lugar para discernir si cabe el interdicto en estudio frente a obras públicas. Pero apostilla que, en el caso de ser aplicable, el juez civil tendrá que actuar lo necesario para enjuiciar provisionalmente si la Administración actuó en vía de hecho.

En el caso analizado se pronuncia a favor de la jurisdicción civil, porque el conflicto se plantea ya cuando hay sentencia estimatoria del interdicto de obra nueva y el actor ha ejercitado, a través del correspondiente declarativo ordinario, la acción para obtener la demolición, conforme al artículo 1675 de la LECiv 1881.

Y declara, asimismo, que la incidencia en el proceso civil en marcha de la iniciación del expediente expropiatorio, con posterioridad al despojo posesorio, es cuestión que corresponde decidir al órgano jurisdiccional civil y no a la jurisdicción de conflictos.

Y la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1990 (RJ 1990\10383) tampoco quiere pronunciarse expresamente sobre si cabe o no la interposición de dicho interdicto frente a obras públicas. Subraya que, cualquiera que sea la posición que se mantenga al efecto, lo decisivo es comprobar si la Administración ha incurrido en vía de hecho y recuerda que el artículo 125 LEF reconoce como garantía jurisdiccional los interdictos de retener y recobrar la posesión, aparte de los demás medios legales procedentes, frente a la ocupación de los bienes sin cumplirse las garantías legales correspondientes.

1. La especial mención del artículo 125 LEF a los interdictos de retener y recobrar no implica la imposibilidad de acudir a otros cauces procesales, como indica la propia Exposición de Motivos de esta Ley, siendo así que el citado artículo 125, además de los interdictos expresados, para el caso de que «la Administración ocupare o intentare ocupar la cosa objeto de expropiación», admite la posibilidad de que el interesado utilice «los demás medios legales procedentes», entre los cuales habrá que entender comprendidos tanto los de Derecho Administrativo como los de Derecho Civil y, en general, cualesquiera que sean aptos para amparar los derechos de éste en cada supuesto concreto (43).

2. Si bien es cierto que el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa omite cualquier referencia expresa al interdicto de obra nueva, haciendo concreta mención a los de retener y recobrar, también lo es que los artículos 38 LRJAE y 103 LPA hablan de la «acción interdictal» o de los «interdictos» con carácter general y sin distinción alguna entre ellos a los efectos de su posible ejercicio frente a la Administración, no existiendo ninguna razón que justifique un régimen excepcional o diferente para los casos de expropiación; y prueba de ello es que el Código Civil, en su artículo 349, reconoce en sentido amplio el amparo judicial de la posesión del expropiado por la vía de hecho (44).

Debe aplicarse el clásico principio según el cual donde la Ley no distinga no debe el intérprete distinguir, puesto que el artículo 101 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (45), no distingue entre las distintas clases de interdictos, y el artículo 1631 de la LECiv dentro de los interdictos engloba cuatro clases o modalidades: para adquirir la posesión, para retenerla o recobrarla, para impedir una obra nueva, y para impedir que cause daño una obra ruinoso (46).

(43) SAP de Toledo de 1 de febrero de 1993 (AC 1993\692; Ponente: J. Tasende Calvo), f.j. 2.º; SAP de Madrid de 6 de febrero de 1993 (AC 1993\141; Ponente: P. Quecedo Aracil), f.j. 7.º; SAP de Madrid de 12 de diciembre de 1995 (AC 1995\2301; Ponente: Belo González), f.j. 3.º, II, C, 2.º.

También, la SAP de Málaga de 18 de diciembre de 1990 («RGD», año 1991, págs. 11240 y ss.), f.j. 2.º; la SAP de Castellón, Sección 2.º, de 10 de junio de 1998 (AC 1998\1153), f.j. 2.º, y la SAP de Badajoz, Sección 2.º, de 1 de septiembre de 1998 (AC 1998\6658).

La SAP de Badajoz de 25 de enero de 1994 (AC 1994\131) resalta que, aunque en el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa se establece la posibilidad de acudir a los interdictos de retener y recobrar la posesión, aparte de los demás medios legales procedentes, y no se menciona el de obra nueva, éste debe entenderse entre esos otros medios legales. Dicho pronunciamiento lo avala no sólo el hecho de que no exista ninguna norma legal que prohíba expresamente la utilización de dicha vía, ni ningún otro que imponga expresamente la utilización de una clase u otra de interdicto, sino que *la propia Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa indirectamente reconoce la posibilidad de utilizar dicha vía, cuando afirma que la especial mención de esos procedimientos posesorios, es decir, los de retener y recobrar, no implica la imposibilidad de utilizar otros medios procesales.*

(44) SAP de Toledo de 1 de febrero de 1993 (AC 1993\692).

(45) Como, asimismo, el núm. 2 del artículo 37 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

(46) SAP de Madrid de 12 de diciembre de 1995, Ponente: Belo González, f.j. 3.º, letra C, núm. 1.

3. En el artículo 71, último párrafo, de la LECiv 1881, reformado por la Ley 10/1992, de 30 abril, tras reafirmar y extender el ya jurisprudencialmente denostado fuero territorial privilegiado en favor del Estado y otros organismos de Derecho Público, se dispone que tal privilegio no será de aplicación, entre otros, «a los interdictos de obra nueva y obra ruinosas», lo que supone admitir implícitamente que la Administración puede ser demandada en el ejercicio de esta clase de acciones (47).

La SAP de Madrid de 12 de diciembre de 1995 (AC 1995\2301) llega a decir en la misma línea lo siguiente: «No se debe olvidar que el Ordenamiento Jurídico forma un todo único. Pues bien, el último párrafo del artículo 71 de la LECiv 1881 (según redacción proveniente de la Ley 10/1992, de 30 abril,

La SAP de Cuenca, Sección Unica, de 20 de abril de 1998 (AC 1998\851) destaca, en primer término, que no desconoce que el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en sus Resoluciones de fechas 20 y 21 diciembre 1993 (Ar. 1993\5974, 1993\5978 y 1993\9932), se ha pronunciado en el sentido de que contra la ejecución de obras de interés público emprendidas por la Administración resulta improcedente plantear el interdicto de obra nueva, y que la misma tesis ha sido acogida por diferentes Audiencias Provinciales del Estado.

Añade que también conoce el argumento de que el interdicto de obra nueva repercute negativamente en la satisfacción de los intereses generales que la Administración tiene constitucionalmente encomendados, en la medida en que la sola presentación de la demanda de interdicto de obra nueva ocasiona de suyo la suspensión de la obra emprendida, pero apostilla que tal circunstancia no basta, sin embargo, para sostener con carácter general la improcedencia de dicho interdicto.

Por ello, acoge la tesis favorable a la procedencia del mismo sobre la base de que el artículo 101 de la Ley 30/1992, interpretado en sentido inverso, está admitiendo todo tipo de interdictos contra la Administración en materias ajenas a su competencia o con infracción de las normas esenciales de procedimiento. Y cita, en este mismo sentido, los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 31 mayo 1995 (AC 1995\1783), Badajoz de fecha 15 febrero 1996 (AC 1996\234), Toledo de fecha 18 julio 1996 (AC 1996\1518) o la de la propia Audiencia Provincial de Cuenca de fecha 11 febrero 1997 (AC 1997\365).

La SAP, Sección 6.ª, de Málaga de 30 de junio de 1998 (AC 1998\8830) también ve claramente reconocida la posibilidad de utilizar el interdicto en cuestión frente a obras públicas en la interpretación *sensu contrario* de los preceptos que prohíben la interposición de interdictos frente a la Administración cuando actúa en el ámbito de su competencia y conforme al procedimiento legalmente establecido.

Y tanto la SAP de Guadalajara del 19 de noviembre de 1998 (AC 1998\8410) como las SSAP de Burgos de 31 de mayo de 1999, Sección 3.ª (dos sentencias de la misma fecha, AC 1999\5911 y AC 1999\5912); 1 de junio de 1999, Sección 3.ª (AC 1999\6241), y 21 de septiembre de 1999, Sección 2.ª (AC 1999\6226), se apoyan para aceptar la procedencia del interdicto en estudio frente a las Administraciones públicas en los preceptos generales que admiten los interdictos frente a dichas Administraciones, y especialmente en el artículo 101 de la Ley 30/1992, a *sensu contrario*.

En la doctrina científica, F. LÓPEZ MENUDO (*Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1988, pág. 103) ya había defendido la posibilidad del interdicto de obra nueva frente a vías de hecho administrativas, sobre la base de que el artículo 103 LPA 1958 hablaba simplemente de interdictos y de que, por ello, comprendía todos, por aplicación de las reglas *favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda* y *ubi lex non distinguet, nec nos distinguere debemus*.

(47) SAP de Toledo de 1 de febrero de 1993 (AC 1993\692).

La SAP, Sección 6.ª, de Málaga de 30 de junio de 1998 (AC 1998\8830) también subraya que el artículo 71 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción de 30 abril 1992, supone un reconocimiento de que el interdicto de obra nueva puede promoverse en todas sus manifestaciones.

Y lo mismo hacen la SAP de Castellón, Sección 2.ª, de 10 de junio de 1998 (AC 1998\1153) y la SAP de Badajoz, Sección 2.ª, del 1 de septiembre de 1998 (AC 1998\6658).

de Medidas Urgentes de Reforma Procesal) consagra una regla específica de competencia territorial para los interdictos de obra nueva promovidos contra el Estado y las Comunidades Autónomas. Luego, si se da una norma de competencia territorial para los interdictos de obra nueva contra la Administración Pública, es porque cabe promover interdictos de obra nueva contra la Administración Pública. Sostener lo contrario supone tener un concepto de los miembros integrantes del Poder Legislativo verdaderamente insultante para los mismos» (48).

Y los argumentos de la Sentencia del Tribunal de Conflictos de 21 de diciembre de 1993 (RJ 1993\9932) que pretenden neutralizar la alusión expresa del artículo 71 LECiv 1881 a tales interdictos se rebaten con apoyo en dos razones:

a) Porque, aunque un precepto dedicado a matizar las reglas de competencia judicial territorial, como es el artículo 71 LECiv 1881, no sea el más adecuado para dejar resuelta una cuestión de fondo, tampoco ello es ningún disparate, si se considera que, partiendo de su admisión frente a entes públicos, dicho precepto se limita a precisar que las reglas de competencia territorial especiales con relación a determinados entes públicos no se aplican para el caso del interdicto de obra nueva.

b) Porque el hecho de no venir mencionadas las entidades locales en el artículo 71 LECiv 1881 simplemente significa que para ellas no hay especialidad alguna de fuero territorial, razón por la cual no tiene sentido extenderles la excepción relativa al interdicto de obra nueva. Por ello, el órgano jurisdiccional competente para conocer de tal acción interdictal, como de las demás acciones frente a dichos entes, será el que haya de serlo según las reglas comunes de la LECiv y la LOPJ (49).

No obstante, hay que destacar que la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, reguladora del régimen de la asistencia jurídica al Estado e Instituciones públicas, ha derogado el citado párrafo del artículo 71 de la LECiv. Y, en su artículo 15, al regular el fuero territorial del Estado en los procesos civi-

(48) SAP de Madrid de 12 de diciembre de 1995 (AC 1995\2301), Ponente: Belo González, f.j. 3.º, letra C, núm. 3.

C. ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA (*El interdicto de obra nueva frente a la Administración*, «La Ley», año 1992, tomo IV, pág. 1101) ya había afirmado, en la misma dirección, que el citado artículo 71 LECiv 1881 constituye «un paladino reconocimiento de que [...] el interdicto de obra nueva puede promoverse contra la Administración pública [...]. Con todo esto, toda polémica resulta ya ociosa, desde el punto de vista del derecho constituido».

Y J. F. MESTRE DELGADO (*Crónica sobre la jurisprudencia reciente del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción*, núm. 138 de esta REVISTA, año 1995, pág. 362), después de decirnos que considera razonables los motivos empleados por las Sentencias de la jurisdicción de conflictos del año 1993 para establecer la improcedencia de tal interdicto, afirma que el artículo 71 LECiv 1881, aunque no sea el reflejo de la mejor técnica legislativa, alude expresamente a dicho interdicto y no parece admisible que un órgano jurisdiccional inaplique literalmente el contenido de una Ley postconstitucional, pues el monopolio para declarar su inconstitucionalidad corresponde al Tribunal Constitucional y su corrección al Legislador.

(49) Javier BARCELONA LLOP, *Notas sobre el interdicto...*, pág. 4.

les, únicamente menciona ahora entre las excepciones a dicho fuero privilegiado los juicios universales y el interdicto de obra ruinosas.

4. Históricamente, siempre se ha dado el mismo tratamiento jurídico al interdicto de obra nueva que al de retener y recobrar la posesión. Y así sucede desde el origen de la prohibición de los interdictos contra la Administración pública, que se encuentra en la Real Orden de 8 mayo de 1839, puesto que en el mismo no sólo se mencionan estos últimos, sino también el de obra nueva; criterio que se ha mantenido hasta la vigente legislación, y que la jurisprudencia ha expresado admitiendo los interdictos cuando la Administración actúa por «vías de hecho» (50).

5. El principio de especialidad procedimental *«impide su alternatividad e intercambiabilidad con los interdictos de retener y recobrar»*. En efecto, producido el daño por consecuencia de una obra nueva, la consecuencia inmediata es su paralización (medida cautelar) para impedir que el daño se consuma o progrese, discutiendo en el declarativo ulterior el derecho a tener y mantener la obra. Esto sería imposible con los interdictos de retener y recobrar, pues la reposición en la posesión, durante el recurso, o en ejecución de sentencia, obligarían a la demolición de lo construido. *«Obviamente el principio de especialidad, en función del elemento causante del daño, obliga a mantener la procedencia del tipo procesal empleado. Sería inconsecuente y contrario a los más elementales principios de prudencia y proscripción del fraude de ley, conseguir por medio del interdicto de retener o recobrar algo que no otorga el de obra nueva»*. A la vista de lo anterior, no cabe más remedio que concluir que el detonante para la medida interdictal es la obra nueva (principio de especialidad) unida a la actividad administrativa fuera de sus ámbitos de competencia y, prescindiendo absolutamente del procedimiento establecido, lo que lleva a que *«la elección del medio sea correcta, no sólo por lo ya dicho, sino por obvias razones de interés público»* (51).

(50) SAP de Madrid de 12 de diciembre de 1995 (AC 1995\2301), Ponente: Belo González, f.j. 3.º, letra C, núm. 4.

(51) SAP de Madrid de 6 de febrero de 1993 (AC 1993\141), f.j. 7.º.

La SAP de Toledo de 1 de febrero de 1993 (AC 1993\692, f.j. 2.º) mantiene, en la misma línea, que *«el interdicto de obra nueva constituye precisamente el remedio procedimental más adecuado y procedente para proteger cualquier clase de derechos reales, y también la posesión, frente a los perjuicios que pudieran derivarse para sus titulares de una obra en construcción, por cuanto la suspensión de la misma es la mejor salvaguarda y protección de los intereses en conflicto, evitando la causación de daños mayores e irreparables para las partes que se podrían derivar de la continuación de la obra, sin llegar a las drásticas consecuencias, sin duda más graves y lesivas para la Administración demandada, que conlleva la estimación de los interdictos de retener o recobrar, siendo por ello absurdo que se admitan estas acciones o cualquier otra en la vía declarativa, como la reivindicatoria, frente a la actividad expropiatoria de la Administración y no el interdicto de obra nueva, cuyo efecto se limita a la paralización cautelar del elemento constructivo, por más que de ello puedan derivarse también determinados perjuicios para el accionado»*.

Y la SAP de Badajoz de 25 de enero de 1994 (AC 1994\131) subraya que, en estos precisos supuestos, con el ejercicio del interdicto de obra nueva, lo que se pretende es evitar el gravísimo perjuicio que se produciría a la Administración en el caso de que prosperase

6. La proscripción de *las vías de hecho y la nulidad de los actos administrativos así realizados despojan enteramente a la Administración de las prerrogativas* de que se halla investida en relación con el ejercicio de dicha actividad y la sitúan en el mismo plano jurídico que cualquier ciudadano particular, adquiriendo el conflicto así generado una dimensión estrictamente civil, a resolver ante este orden jurisdiccional; careciendo de sentido establecer en el marco de este nuevo *status* jurídico una limitación de las acciones esgrimibles frente a tales actos carentes de validez (52).

7. Frente al argumento que destaca que la posición de autotutela administrativa queda desvirtuada con la admisibilidad del interdicto de obra nueva, se recuerda que el Tribunal Constitucional ha declarado que dicha autotutela, para que sea constitucionalmente aceptable, ha de desenvolverse de forma acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho a una tutela cautelar (STC 78/1996, de 20 de mayo), aspecto que está presente en el interdicto de obra nueva (53).

la acción interdictal (se está refiriendo a los interdictos de retener y recobrar) y hubiese que demoler la totalidad de una obra ya iniciada y reponer la posesión, máxime en estos casos en que las obras son de una cierta envergadura, como es la construcción de una carretera, pantano, puente, edificio o similar; amén de que la utilización de esta vía podría facilitar a la Administración el uso de la acción para una accesión invertida, cosa que en el otro tipo de interdicto por su propia naturaleza estaría vedado. E invoca en este sentido las Sentencias de la AP de Granada de 3 de mayo de 1974 y de la AP de Lugo de 31 de octubre de 1978.

Por lo que se refiere a los autores, C. ALVAREZ-LINERA Y URÍA (*El interdicto de obra nueva frente a la Administración*, «La Ley», año 1992, tomo IV, pág. 1101) destaca, en la misma línea, la posición mayoritaria de las Audiencias Provinciales según la cual no es posible interponer los interdictos de retener y recobrar contra obras en construcción que causen perjuicios al actor, porque la estimación de tales interdictos podría conducir a la demolición de lo construido, cuando esto sólo debe admitirse por medio de juicio declarativo y la previsión por nuestro Ordenamiento del interdicto de obra nueva es precisamente para poder obtener sólo la paralización de la obra y no el derribo. Y añade que ello refuerza los argumentos para admitir este interdicto contra las Administraciones públicas, pues, por aplicación de tal jurisprudencia menor, resulta que, en caso de inadmisión del mismo, tampoco serían admisibles los otros.

(52) SAP de Toledo de 1 de febrero de 1993 (AC 1993\692).

La SAP de Málaga de 18 de diciembre de 1990 («RGD», año 1991, págs. 11240 y ss.), f.j. 2.º, en la misma línea, subraya que, siendo drástico, debe reconocerse que el interdicto en estudio se reserva para situaciones excepcionales, como cuando la Administración actúa por vía de hecho, de modo que no es de extrañar y resulta proporcionado que, cuando la Administración no actúa dentro de la normativa que le es propia, tampoco se le reconozcan las prerrogativas usual y legalmente atribuidas.

Y la SAP de Badajoz de 25 de enero de 1994 (AC 1994\131) afirma, en igual dirección, que, si bien en términos generales no caben las acciones interdictales contra resoluciones dictadas por la Administración dentro de su competencia y revestidas de las formalidades legales, el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa admite el ejercicio de tales acciones, cuando en el expediente se eludan determinados requisitos sustanciales o se cometan determinadas irregularidades en el mismo, pues, *en este caso, decae el privilegio de la Administración* y debe admitirse la posibilidad del interdicto. E invoca al efecto las Sentencias de las Audiencias Provinciales de San Sebastián de 20 de octubre de 1986, de Cáceres de 5 de mayo de 1987 y de Pontevedra de 13 de marzo de 1989.

(53) J. BARCELONA LLOP, *Notas sobre el interdicto de obra nueva contra la Administración*, pág. 3. Cosa distinta —añade el autor— es que resulte oportuno exigir algún tipo de contracautela al interdictante, para disuadirle de demandas infundadas. Pero la autotutela administrativa no sirve para negar por sí sola la procedencia del interdicto en estudio.

8. En caso de duda debe optarse siempre por la interpretación normativa más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, por lo que ha de rechazarse el criterio restrictivo sobre el elenco de procedimientos interdictales hábiles contra la Administración, a fin de facilitar el acceso al proceso en condiciones de igualdad, que salvaguarden más eficazmente los derechos constitucionales de igualdad y a la tutela judicial efectiva (arts. 14 y 24.1 CE y 5.1 y 11.3 LOPJ) (54).

9. Frente al argumento que resalta que la interposición de un interdicto de obra nueva, cuando el promotor carece de razón, acarrea consecuencias extraordinariamente graves, duras y costosas para las Administraciones públicas y los intereses que representan, se aduce que ello ocurre también cuando el interdicto de obra nueva se interpone contra un particular. Y se apostilla que, si bien en un Estado totalitario parece lógica una discriminación de tratamiento a favor del Estado, ello resulta aberrante en uno democrático (55).

Pero, a su vez, se destaca que el tiempo de la suspensión de la obra sin juicio sobre el fondo del asunto (es decir, sin juicio sobre la existencia de vía de hecho administrativa) es, en la regulación de dicho interdicto establecida en la LECiv 1881, insignificante, pues el artículo 1663 de tal Ley dispone que, en la misma providencia que se acuerda la suspensión inicial de la obra, se citará a los interesados a juicio verbal, «*señalando para su celebración el día más próximo posible, pasados los tres días siguientes al de la notificación de esta providencia...*». Y la Sentencia deberá dictarse dentro de los tres días siguientes a la celebración del juicio verbal o a la diligencia de inspección. Así pues, desde el prisma de la LECiv 1881, tal suspensión sin juicio debe durar muy poco.

De acuerdo con tal regulación legal y máxime si estamos ante obras públicas cuya paralización perjudique gravemente al interés público, el órgano jurisdiccional debe dar prioridad a la celebración del juicio verbal (56).

(54) SAP de Toledo de 1 de febrero de 1993 (AC 1993\692), f.j. 2.º. Esta Sentencia invoca, en relación con el principio de interpretación normativa más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, las SSTs de 4-11-1986 (RJ 1986\6241) y 13-10-1987 (RJ 1987\7356), así como la Sentencia del TCT de 14-10-1988 (RJ 1988\185). Pero también deben citarse las SSTC 17/1985, de 9 de febrero, y 1/1989, de 16 de enero.

En sentido semejante, la SAP de Madrid de 6 de febrero de 1993 (AC 1993\141, f.j. 7.º) destaca que «desde la óptica del derecho de acceso a la jurisdicción y tutela judicial efectiva, la conclusión, vista la ubicación del artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa bajo la rúbrica "Título V. Garantías Jurisdiccionales", no puede ser, de acuerdo con la mejor doctrina, otra que la mantenida por el Juez de Instancia [es decir, la admisión de la procedencia del interdicto de obra nueva]».

(55) SAP de Madrid de 12 de diciembre de 1995 (AC 1995\2301), Ponente: Belo González, f.j. 3.º, letra C, núm. 5.

(56) F. SAINZ MORENO (*Defensa frente a la vía de hecho: recurso contencioso-administrativo, juicio interdictal y amparo*, núm. 123 de esta REVISTA, 1990, págs. 332 y 335) entiende que la dilatada paralización de la obra hasta que se produce una decisión judicial definitiva no deriva necesariamente de la regulación del interdicto de obra nueva en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, porque, una vez admitida la demanda y dictada la providencia de suspensión, el juicio debe celebrarse «el día más próximo posible» (art. 1663 LECiv) e, inmediatamente después, «dentro de los tres días siguientes al de la celebración del ju-

Otra cosa es que la paralización excesiva de la obra sin juicio verbal previo se produzca por factores externos al propio interdicto de obra nueva e incluso por causa imputable a la Administración. Esto es lo que ocurre en el supuesto sobre el que se pronuncia la Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 21 de diciembre de 1993 (RJ 1993\9932), que es la que invoca el argumento de la incidencia negativa en el interés público de la suspensión de la obra sin juicio sobre el fondo del asunto, sin advertir tal circunstancia. Entre la interposición de la demanda y la fecha señalada para la celebración del juicio verbal sólo distaban catorce días, pero el plazo para la celebración del juicio se suspendió durante tres meses, a instancia del Abogado del Estado, para efectuar consulta a la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (57).

10. En relación con el argumento de la gravedad del perjuicio para el interés público que la suspensión de la obra acarrea, se precisa, asimismo, que dicha suspensión no tiene que afectar a toda la obra, sino a la parte de la misma que perjudica al actor, de modo que el demandado puede continuarla en el resto (58).

11. Frente a la objeción de que el interdicto de obra nueva carece de un trámite de admisión previa que impide rechazar las demandas sin base alguna, se destaca que puede y debe aplicarse el *número 2 del artículo 11 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, que señala que: «Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal». De tal manera que, cuando *de la propia demanda se desprende, de forma clara y flagrante, que la pretensión ejercitada carece por completo de fundamento, entrañando un auténtico fraude procesal, debe rechazarse de plano* (59).

cio verbal o al de la diligencia de inspección, en su caso, el juez dictará sentencia» (art. 1668 LECiv).

Y subraya que la trascendencia social y económica que puede tener una obra pública exige que el juez (y la Audiencia en la apelación) dé prioridad a la tramitación del interdicto, cumpliendo lo dispuesto en la LECiv 1881.

Y en la misma línea se manifiesta J. BARCELONA LLOP, *Notas sobre el interdicto de obra nueva contra la Administración*, pág. 4.

(57) J. BARCELONA LLOP, *Notas sobre el interdicto de obra...*, pág. 4.

(58) J. A. CAÍNZOS FERNÁNDEZ («El interdicto de obra nueva contra la Administración pública», en *Los procesos interdictales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 348).

Sin embargo, niega tal posibilidad J. SOLDADO GUTIÉRREZ (*El Interdicto de obra nueva*, Ed. Comares, Granada, 1989, págs. 320 y 354-355).

(59) SAP de Madrid de 12 de diciembre de 1995 (AC 1995\2301), Ponente: Belo González, f.j. 4.º, III.

Y la SAP de Málaga de 18 de diciembre de 1990 («RGD», año 1991, págs. 11240 y ss., f.j. 2.º), que es también de las que admiten la procedencia del interdicto en cuestión, apuesta al respecto por realizar una admisión previa, justificándola en una interpretación analógica.

F. MARÍN CASTÁN («El abuso procesal en la defensa del derecho de propiedad», en el libro colectivo *Protección del derecho de la propiedad*, Cuadernos de Derecho Judicial, tomo IX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 308 y ss.) subraya que no sólo

La SAP de Burgos de 31 de mayo de 1999, Sección 3.^a (AC 1999\5911), afirma, en dicha línea, que la regulación legal del artículo 101 de la Ley 30/1992 «determina la inadmisibilidad inicial y *ad limine* de la demanda interdictal, salvo que de la propia demanda y documentos acompañados se justifique, al menos, con un principio de prueba que la Administración ha incurrido en una vía de hecho».

Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.^a, de 4 de febrero de 1998 (AC 1998\3745), a la vez que acepta este tipo de interdictos frente a obras públicas, admite y justifica la procedencia de una vía a través de la cual se oiga a la Administración pública demandada, antes de acordar la suspensión de la obra, tal y como ha venido siendo propugnado por algunos autores de la doctrina científica (60).

con la entrada en vigor del artículo 11 de la LOPJ, sino incluso antes, por aplicación del artículo 7.2 CC, cabe la inadmisión de demandas a trámite por abuso de derecho.

No obstante, resalta la necesidad de que el juez aplique el artículo 11.2 LOPJ tan sólo excepcionalmente, ante casos evidentes de abuso, siendo consciente de la responsabilidad, principalmente civil, en la que puede incurrir, y extremando el rigor en la fundamentación del auto de repulsión de la demanda. Por otra parte, nos recuerda que no será fácil discernir cuándo la demanda interdictal entraña abuso de derecho o fraude de ley o procesal, pues la caracterización tipológica de dichas figuras es tanto más dificultosa cuanto más frecuentemente se entrecruzan en la práctica. Y culmina destacando que el prudente ejercicio por el juez de la inadmisión a trámite de la demanda interdictal por aplicación de tales figuras permitirá atajar en su misma raíz potenciales conflictos jurídicos de larguísima duración y coste económico progresivamente creciente y, con ello, evitar importantes perjuicios no sólo al demandado (paralización de la obra), sino también al actor (posible indemnización al demandado acordada en juicio declarativo subsiguiente a la finalización del interdicto de obra nueva).

(60) Declara haber lugar al recurso de apelación interpuesto por el actor contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia, que, después de admitir a trámite el interdicto de obra nueva presentado frente a un municipio y acordar la paralización de las obras denunciadas, revoca tal resolución, al resolver el recurso de reposición interpuesto por la representación del Ayuntamiento, cambiando su tesis inicial por la que mantiene la improcedencia de esta modalidad de interdictos frente a una Administración pública.

Destaca la Audiencia Provincial de Málaga que ninguna norma positiva de nuestro Derecho proscribía la utilización del interdicto de obra nueva contra la Administración que incurre en vías de hecho: ni el artículo 101 de la Ley 30/1992, puesto que no excluye los interdictos contra actuaciones practicadas por la Administración «en vías de hecho», ni el 125 de la LEP, que igualmente salva «las vías de hecho» de la regla general de inadmisión de los interdictos frente a la Administración. Y añade que ésta es la posición que se deriva de la STC 166/1986 y la mayoritaria en la llamada jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales.

Por otra parte, frente al argumento del apelante de la improcedencia de recurso de reposición interpuesto por la Administración demandada frente a la resolución que admitió el interdicto a trámite y suspendió las obras, por no estar expresamente contemplado para dichos supuestos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se pronuncia la Audiencia a favor de la posibilidad legal del mismo.

Tal posibilidad la justifica en lo acertado del juicio doctrinal de aquellos tratadistas que defienden que, antes de tomarse por el Juzgador la medida de paralizar la obra pública, debería crearse un trámite que le permita oír a la Administración demandada para resolver sobre la viabilidad del interdicto; y en que ello es factible, *lege data*, porque el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 201/1987, ha considerado necesario crear un trámite procesal para hacer posible la aplicación de las normas conforme a la Constitución y ha mantenido la misma doctrina en las Sentencias 24/1990, 26/1990 y 95/1991.

Y, como conclusión, tras apreciar que la Administración demandada había procedido a ocupar los terrenos del actor objeto de su denuncia, por vía de hecho, sin recabar su

Y la Sentencia de 4 de enero de 1992 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real justifica la posibilidad de que el juez pueda informarse con carácter previo a la medida de suspensión, a fin de poder resolver fundamentadamente sobre la cuestión que se le somete, como, por ejemplo, solicitando a la Administración demandada que presente el expediente que ampare la obra (61).

En nuestra doctrina científica, se ha defendido la existencia o creación judicial de un trámite de admisión previa y, en su caso, la audiencia previa de la Administración, para verificar desde el primer momento si la Administración ha incurrido en vía de hecho (requisito que debe concurrir para la admisión a trámite de los interdictos contra la Administración), así como la posibilidad de que el juicio de admisibilidad con audiencia de la Administración pueda verificarse a través del recurso de reposición que la Administración puede interponer contra la providencia del artículo 1663 de la LECiv 1881 que acuerda que se requiera al dueño de la obra para que la suspenda en el estado en que se halle (62).

consentimiento —como ha hecho con otros particulares afectos— y sin instruir el preceptivo expediente expropiatorio, acuerda admitir el recurso, dejando sin efecto el auto apelado, con devolución de las actuaciones al Juzgado de procedencia, para que prosiga el trámite en la forma prevista en los artículos 1663, 1666 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil hasta dictar sentencia con libertad de criterio.

(61) «Actualidad Civil», 5/1992 (Audiencias), Sección Primera, Ponente: Duro Ventura.

Fundamenta la Sentencia su solución en que la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva y la doctrina del Tribunal Constitucional de que las normas jurídicas han de interpretarse en el sentido más favorable para el ejercicio efectivo de los derechos exigen que el juez no pueda verse compelido a dictar ciegamente una resolución que lleva a la adopción de una medida cautelar que, como la suspensión, se utiliza, en ocasiones, como instrumento de presión hacia el demandado.

Un juicio favorable sobre el criterio de esta Sentencia lo encontramos en E. BARRERO GONZÁLEZ (*El interdicto de obra nueva contra la Administración. Estado de la jurisprudencia e incidencia de la Ley 10/1992*, «Actualidad Civil», 9/1-7 de marzo de 1993, págs. 169 y ss.).

M. ESCANILLA PALLAS («El interdicto de obra nueva», en el libro colectivo *Los procesos interdictales*, Cuadernos de Derecho Judicial, tomo VI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 293-294) hace referencia, con opinión favorable, a un Auto de 14 de enero de 1992 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, que incluye igual doctrina que la de la Sentencia mencionada de la misma Audiencia.

(62) F. SAÍNZ MORENO (*Defensa frente a la vía de hecho: recurso contencioso-administrativo, juicio interdictal y amparo*, núm. 123 de esta REVISTA, 1990, págs. 332-333) ha destacado, en relación con la suspensión inmediata de la obra, que el artículo 1663 de la LECiv 1881 no impide que el juez, antes de dictar la providencia acordando la suspensión de la obra, examine *ad limine litis* si es admisible la demanda, esto es, si los hechos alegados y los documentos aportados permiten estimar que se ha producido vía de hecho, pues —como dice la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 23 de noviembre de 1987— el juez civil tendrá que examinar si concurre vía de hecho, para respetar la regla de que no caben interdictos contra la Administración salvo cuando incurre en vía de hecho.

J. J. TORRES FERNÁNDEZ (*Los interdictos de obra nueva y la Administración Pública: Problemas que plantea el actual diseño ritual de los interdictos de obra nueva y propuestas críticas al mismo*, «Actualidad Administrativa», núm. 6, semana 4-10 de febrero de 1991, págs. 93 y ss.; en especial, págs. 97, 100 y 101), que considera que no puede rechazarse *per se* el interdicto de obra nueva, pero que sólo debe admitirse cuando realmente exista vía de hecho, mantiene que para evitar la desnaturalización de la defensa interdictal y su conversión en un instrumento al servicio no del control de la vía de hecho de la Administración, sino del interés privado en paralizar de modo eficaz la ejecución de una obra con

12. En relación con el agravamiento de las consecuencias propias de la suspensión que la obra produce para la Administración, por el efecto suspensivo que conlleva la apelación respecto de la sentencia de instancia desestimatoria de las pretensiones del actor, al mantenerse la paralización de la obra por el mero hecho de apelar (por establecer el 1668.2 LECiv que dicha sentencia es apelable en ambos efectos), se argumenta en favor de la posibilidad de que la Administración pueda obtener la ejecución provisional de la sentencia desestimatoria de las pretensiones del actor (63).

daño al interés público, el órgano jurisdiccional debe realizar una apreciación casuística de la admisión del interdicto de obra nueva, con audiencia de la Administración correspondiente, cuando se juzgue procedente en razón a la tutela del interés público.

Porque, además, siendo la vía de hecho la única que justifica la admisión de interdictos contra la Administración, no puede admitirse uno de ellos sin verificar si existe dicha premisa.

Y otra posibilidad es oír a la Administración a través del recurso de reposición contra la providencia del artículo 1663 de la LECiv 1881 que acuerda que se requiera al dueño de la obra para que la suspenda en el estado en que se halle, valorando los elementos introducidos en el mismo, al objeto de poder enervar la medida cautelar e inadmitir el interdicto cuando no concorra vía de hecho. Ello significa un pre-judicio sobre el fondo, pero tal pre-judicio debe existir ineludiblemente si la jurisdicción ordinaria admite la demanda a reservas de enjuiciar *ex post* en el juicio verbal si concurre o no vía de hecho.

J. A. CAÍNZOS FERNÁNDEZ («El interdicto de obra nueva contra la Administración pública», en *Los procesos interdictales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 322 y 348 y ss.) recalca que el artículo 101 de la Ley 30/1992 ha introducido un matiz de enorme importancia que no estaba en la LPA de 1958: las palabras «a trámite» («no se admitirán a trámite interdictos [...]»). Y ello significa que el legislador ha querido que, «cuando no existe apariencia de vía de hecho», el pleito no llegue a la fase de sentencia, sino que se resuelva con una declaración de improcedencia del proceso mismo, mediante una inadmisión a *limine litis*.

Tal tipo de inadmisión ha sido recibida por la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su artículo 50, que regula una fase de inadmisión del recurso de amparo, y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en su STC 37/1982, que considera que dicha inadmisión de forma no arbitraria e irrazonable no es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva.

La inadmisión a trámite cuando no existe apariencia de vía de hecho puede ser, en ocasiones, difícil labor, a la vista de la demanda, por falta de elementos de juicio al Juzgador. De ahí que la única solución posible, sin necesidad de reforma legislativa, sea la de crear un trámite que permita al juzgador oír al actor y a la Administración demandada, si tiene dudas sobre la viabilidad del interdicto. E invoca, en tal sentido, diversos supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha considerado necesario crear un trámite procesal, atribuyendo facultades al Juzgador para hacer posible la aplicación de las normas acomodándolas a la Constitución (SSTC 24/1990, 26/1990 y 95/1991, sobre la necesidad de habilitar un trámite de alegaciones en el recurso contencioso-electoral; y STC 36/1991, en materia de Tribunales Tutelares de Menores).

F. MARÍN CASTÁN («El abuso procesal en la defensa del derecho de propiedad», en el libro colectivo *Protección del derecho de la propiedad*, Cuadernos de Derecho Judicial, tomo IX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 305-306) abunda en la posibilidad de inadmisión del interdicto en examen a trámite que el artículo 101 de la Ley 30/1992 comporta, cuando no se alega en la demanda y no se aporta algún principio de prueba sobre la incursión de la Administración en vía de hecho.

Y L. MARTÍN REBOLLO («Ley del Suelo y juicio interdictal», en *Estudios en honor de Aurelio MENÉNDEZ*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1996) también ha propugnado la incorporación de un trámite de admisión a dicho interdicto o la posibilidad de matizar o moderar el automatismo de la suspensión (págs. 4547-4548) e integrar la regulación de dicho interdicto con una interpretación conforme con el principio de audiencia y contradicción (pág. 4548).

(63) Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 6 de julio de 1992 (rollo de apela-

13. Otro correctivo al rigor del interdicto de obra nueva frente a obras públicas y sus efectos que se ha invocado por la doctrina y se ha aplicado por la jurisprudencia consiste en la condena al interdictante que ha actuado de forma contraria a la buena fe, con abuso de derecho o con fraude de ley o procesal (arts. 7.1, 7.2 y 6.4 CC y 11 de la LOPJ), al pago de la indemnización de daños y perjuicios producidos al dueño de la obra por la paralización de la misma (64).

ción 960/1991), que confirma en apelación la resolución del Juzgado de Primera Instancia que autorizó la ejecución provisional.

En la doctrina, justifican esta misma solución J. J. TORRES FERNÁNDEZ (*Los interdictos de obra nueva y la Administración Pública...*, págs. 102 a 104), F. PÉREZ CRESPO PAYA y L. BERMÚDEZ ODRIÓZOLA («Los interdictos contra la Administración y el derecho de reversión», en el libro colectivo *Expropiación forzosa*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, año 1992, págs. 194-196), J. A. CAÍNZOS FERNÁNDEZ («El interdicto de obra nueva contra la Administración pública», en el libro colectivo *Los procesos interdictales*, Cuadernos de Derecho Judicial, tomo VI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 351 a 353) y J. M. FERNÁNDEZ SEIJO («El interdicto de obra nueva contra la Administración y fraude procesal», en el libro colectivo *Los procesos interdictales*, Cuadernos de Derecho Judicial, tomo VI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 491-492).

Este último autor cita, además, dos Autos de sendos Juzgados de Primera Instancia de la provincia de Barcelona de 1991 relativos a interdictos de obra nueva interpuestos contra obras públicas iniciadas con ocasión de la preparación de los Juegos Olímpicos de Barcelona que acuerdan la ejecución provisional. Entre los argumentos más destacables de los mismos figuran: *a)* el fraude y mala fe procesal manifestado en la demanda y acción ejercitada; *b)* la diferente naturaleza de los interdictos de obra nueva según se planteen o no contra la Administración, ya que en este último caso exige el examen si el perjuicio para el actor se ha producido o no por vía de hecho; *c)* el carácter de ley general y posterior en el tiempo del artículo 385 de la LECiv 1881; y *d)* el interés general preponderante en una obra pública, así como el convencimiento de que la Administración buscaría la indemnización ante una sentencia de apelación que admitiera el interdicto.

Pero se han manifestado en contra de tal posibilidad, con referencia al interdicto de obra nueva en general, autores como M. ESCANILLA PALLAS («El interdicto de obra nueva», en el libro colectivo *Los procesos interdictales*, Cuadernos de Derecho Judicial, tomo VI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 302) y F. MARÍN CASTÁN («El abuso procesal en la defensa del derecho de propiedad», en el libro colectivo *Protección del derecho de la propiedad*, Cuadernos de Derecho Judicial, tomo IX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 299-300), así como un nutrido número de Resoluciones de las Audiencias Provinciales (véanse las referenciadas por M. ESCANILLA PALLAS, en el trabajo citado).

(64) F. MARÍN CASTÁN («El abuso procesal en la defensa del derecho de propiedad», en el libro colectivo *Protección del derecho de la propiedad*, Cuadernos de Derecho Judicial, tomo IX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 300 y ss.).

Destaca este autor dos sentencias del TS: la STS de 6 de julio de 1990 (RJ 1990\5779, que condena a indemnizar a padre e hijo que por cinco veces habían ido promoviendo sucesivos interdictos de obra nueva, consiguiendo paralizar continuamente unas obras municipales para la creación y apertura de una vía turística) y la STS de 15 de diciembre de 1992 (RJ 1992\10496, en un supuesto de procedimiento interdictal en el que las sentencias de ambas instancias fueron desestimatorias las dos).

Esta última Sentencia destaca que, en el interdicto de obra nueva, el especial rigor implicado en el automatismo de la suspensión de la obra, susceptible de causar graves perjuicios al demandado, «hace exigible una más acentuada ponderación por el interdictante de los fundamentos de la acción que ejercita».

Y afirma que, en el supuesto enjuiciado (en el que, paralizada la obra por la admisión a trámite del interdicto, se desestimó la demanda interdictal en ambas instancias), «se produjo abuso de derecho, ya que las circunstancias en que se promovió y se mantuvo la acción interdictal revelan una conducta que sobrepasa amplia y manifiestamente los límites normales del ejercicio de dicha acción, todo lo cual, unido a la evidencia del daño cau-

14. Por lo que se refiere al hecho de la doctrina adversa al interdicto en estudio de la Sala de Conflictos, se ha subrayado que «el autodenominado Tribunal de Conflictos de Jurisdicción es un órgano colegiado que no forma parte del Tribunal Supremo (compárese el núm. 1 del art. 38 con el art. 42 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; y sin que ello quede empañado por el dato de que algunos de sus miembros tengan que ser Magistrados del Tribunal Supremo), de ahí que *su doctrina no constituya jurisprudencia* complementadora del ordenamiento jurídico (núm. 6 del art. 1 del CC), agotando su eficacia jurídica en la resolución de cada puntual caso que se le plantea» (65).

15. Y frente a la hipotética invocación en contra de los interdictos de obra nueva del denominado principio de intangibilidad de las obras públicas, que impera en Francia, el cual pretende excluir la posibilidad jurídica de destruirlas y convertir los derechos reales concurrentes en simples derechos de crédito, se arguye la falta de recepción normativa de dicho principio en nuestro país y que, a lo sumo, podría operar frente a obras concluidas, pero no frente a obras en construcción (66).

III. LA NUEVA REGULACIÓN DEL INTERDICTO DE OBRA NUEVA EN LA LECiv 2000

1. En la nueva LECiv 2000, el interdicto de obra nueva persiste, aunque, como en el caso de los demás interdictos, perdiendo tal denominación. Sigue manteniéndose como procedimiento especial y sumario para obtener la suspensión de una obra nueva, pero es objeto de algunas modificaciones de cierta importancia, que tienen relevancia especial en relación con su uso frente a las Administraciones públicas.

Aparece recogido en el artículo 250.5 de la nueva Ley como supuesto de demanda que, con independencia de su cuantía, se decidirá en juicio verbal (dice exactamente: «se decidirá en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: [...] 5.º: las que pretendan que

sado, hace aplicable al caso lo dispuesto en el artículo 7.2 sobre la procedencia de la correspondiente indemnización».

Resalta F. MARÍN CASTÁN, como requisitos para obtener tal indemnización, que se haya suspendido la ejecución de la obra como consecuencia de la promoción de un interdicto de obra nueva; que se haya desestimado éste en las dos instancias (lo que supone que haya interpuesto recurso de apelación); que se haya promovido juicio declarativo ordinario por el dueño de la obra interesando el resarcimiento de daños y perjuicios derivados de la referida paralización de la obra; la prueba de la existencia de tales daños y perjuicios; la prueba del abuso del proceso en sentido objetivo, es decir, sin necesidad esencial de probar cuál era la intención del interdictante; y la aplicación del artículo 7.2 del CC como fuente autónoma y suficiente de la obligación de indemnizar, sin necesidad de aplicar también el artículo 1902 del CC.

(65) SAP de Madrid de 12 de diciembre de 1995 (AC 1995\2301), Ponente: Belo González, I.j. 3.º, letra B.

(66) J. BARCELONA LLOP, *Notas sobre el interdicto de obra...*, pág. 5.

el Tribunal resuelva, con carácter sumario, la suspensión de una obra nueva»).

Aunque la LECivil ha querido acabar con los procesos especiales, se ha subrayado que nos encontramos aquí ante un proceso especial, porque el legislador ha remitido su tramitación al «juicio verbal» sin atender a la cuantía, sin perjuicio de que, a su vez, posea ciertas especialidades dentro de dicho juicio, como la inadmisibilidad de reconvencción (art. 438.1) o la previsión de realización de actuaciones previas a la vista (art. 441.2).

Y posee carácter «sumario», por la limitación de las alegaciones de las partes, del objeto de la prueba y de la cognición judicial, al centrarse en un aspecto parcial del conflicto existente entre las partes, lo que conlleva la posibilidad de que, terminado el juicio sumario, las partes pueden, si lo estiman conveniente, acudir a un proceso plenario, para contender sobre la totalidad del conflicto que las enfrenta. Y, por ello, no produce efectos de cosa juzgada (art. 447.2) (67).

2. Como en su regulación anterior, el órgano jurisdiccional, «antes incluso de la citación para la vista, dirigirá inmediata orden de suspensión al dueño o encargado de la obra» (art. 441.2 LECiv 2000).

Pero la diferencia está en que, al aplicársele el *trámite de la admisión de la demanda* propio del juicio verbal, en el plazo de cinco días desde su presentación, previo examen de su jurisdicción y competencia objetiva y territorial (art. 440.1 LECiv 2000), el órgano jurisdiccional debe realizar en ese momento un juicio previo sobre la existencia de vía de hecho administrativa, pues sólo si llega a la conclusión de que concurre tal vía de hecho admitirá la demanda a trámite, con mantenimiento de la suspensión hasta la sentencia. En caso contrario, deberá inadmitir la demanda, por falta de jurisdicción, con levantamiento de la suspensión, puesto que, si no está presente la vía de hecho, no caben interdictos contra la Administración, como tampoco caben otros medios de impugnación propios de la jurisdicción civil.

Y, en apoyo de dicho juicio previo sobre la existencia de vía de hecho, tiene el órgano jurisdiccional la posibilidad que le ofrece la nueva Ley de llevar a cabo «reconocimiento judicial, pericial o conjunto, antes de la vista» (art. 441.2 LECiv 2000), con el que ilustrará, en su caso, el auto de admisión o inadmisión a trámite de la demanda.

Pero hay que reparar en este punto que la LECivil 2000 prevé para el inicio del juicio verbal simplemente una «demanda sucinta» (art. 437), en la que no se exige la exposición separada y numerada de los hechos y de los fundamentos de derecho contemplada para la demanda del juicio ordinario (art. 399), sino tan sólo la consignación de los datos y circunstancias del actor y del demandado, el domicilio o domici-

(67) Sobre su naturaleza de juicio especial y sumario, J. MONTERO AROCA, en *El nuevo proceso civil. Ley 1/2000*, J. MONTERO AROCA y otros, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 233 a 235.

lios en que pueden ser citados, y la fijación con claridad y precisión de lo que se pida.

Por ello, al depender en estos casos la admisión a trámite de la demanda de la existencia de vía de hecho, el demandante debe incluir en ella la justificación de que la misma se ha producido, pues, si no, el órgano jurisdiccional difícilmente admitirá la competencia de la jurisdicción civil. La previsión del reconocimiento contemplado en el artículo 441.2 de la Ley constituye un importante auxilio al efecto, pero no puede suplir por sí solo aquella justificación.

3. Además, también se nos muestra como diferencia frente a su regulación por la LECiv 1881 que el dueño o encargado de la obra no sólo podrá continuar con la realización de las obras indispensables para conservar lo ya edificado (lo cual también estaba contemplado en su regulación anterior), sino que *podrá continuar con toda la obra, si ofrece caución para ello* (art. 441.2 LECiv 2000).

A nuestro entender, tal ofrecimiento de caución no puede considerarse que opera de forma automática para la continuación de la obra, sino que el mismo debe ser aceptado por el órgano jurisdiccional, del mismo modo que en el caso de las medidas cautelares reguladas en los artículos 721 y ss. LECiv 2000, de tal manera que debe aplicarse por analogía lo previsto en el artículo 746 a este fin. Es decir, para decidir sobre la petición de aceptación de caución sustitutoria de la suspensión de la obra, el órgano jurisdiccional examinará el fundamento de la solicitud de dicha suspensión y la apariencia jurídica favorable que pueda presentar la posición del demandado. Y también tendrá en cuenta el órgano jurisdiccional si la suspensión habría de restringir o dificultar la actividad patrimonial o económica del demandado de modo grave y desproporcionado respecto del aseguramiento que aquella medida representaría para el solicitante.

A su vez, entendemos que para la solicitud de dicha caución sustitutoria y su aceptación se estará a los trámites previstos en el artículo 747 de la citada Ley en lo que sean de aplicación al supuesto que nos ocupa, especialmente a su solicitud por escrito motivado, al que el solicitante de la caución podrá acompañar los documentos que estime convenientes sobre las consecuencias de la adopción de la suspensión de la obra y la valoración de las consecuencias finales que tendría la no adopción inicial de la misma. Previo traslado del escrito al solicitante de la suspensión por cinco días, se convocará a las partes a una vista sobre la solicitud de caución sustitutoria, conforme a lo dispuesto en el artículo 734. Celebrada la vista, resolverá mediante auto lo que estime procedente, en el plazo de otros cinco días. Y contra el auto que resuelva aceptar o rechazar caución sustitutoria no cabrá recurso alguno.

De este modo, con tal previsión de la LECiv 2000, la Administración demandada podrá solicitar inmediatamente la continuación de la obra mediante el referido escrito motivado, al que acompañará los documentos a los que acabamos de hacer referencia. Su audiencia inmediata está así, igualmente, asegurada.

Por otro lado, lo más normal será que, si se acepta por el órgano jurisdiccional la caución sustitutoria, ésta no tenga que hacerse efectiva, por aplicación de la «presunción de solvencia económica de las Administraciones públicas» (68).

(68) En relación con la ejecución provisional de sentencias recurridas, se destaca como apoyo normativo de la exención de prestación de caución por las Administraciones públicas, a la hora de solicitar tal ejecución provisional, por presunción de su solvencia financiera, el artículo 8 del Real Decreto-Ley de 21 de enero de 1925, que fue convalidado por el Decreto-Ley de 9 de septiembre de 1931. Y se arguye que el referido Decreto-Ley no ha sido derogado expresamente y no parece que haya sido derogado por la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni adolezca de inconstitucionalidad sobrevenida (J. J. FERNÁNDEZ TORRES, *Los interdictos de obra nueva y la Administración Pública: Problemas que plantea el actual diseño rituario de los interdictos de obra nueva y propuestas críticas al mismo*, «Actualidad Administrativa», núm. 6, semana 4-10 de febrero de 1991, págs. 103-104).

Más recientemente, la LJCA de 1998, en su artículo 84.5, para el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, consigna que «cuando quien inste la ejecución provisional (de la sentencia recurrida) sea una Administración pública, quedará exenta de prestación de caución».

También le ha sido reconocida jurisprudencialmente la exención de prestación de garantía, por presunción de solvencia financiera, cuando una Administración pública ha de impugnar liquidaciones tributarias de otra (STS, Sala 3.ª, de 30 de abril de 1991, «Actualidad Administrativa», núm. 35, semana 23-29 de septiembre de 1991, marginal 595).

Asimismo, se ha justificado en la presunción de solvencia financiera de las Administraciones públicas la denegación de suspensión de actos administrativos cuyos efectos para el demandante, en caso de anulación de ellos, puedan ser reparados con la correspondiente indemnización (p. ej., STS, Sala 3.ª, de 9 de marzo de 1999, RJ 1999\3031), aplicándolo al caso de la impugnación de sanciones administrativas pecuniarias (STS, Sala 3.ª, de 16 de abril de 1996, RJ 1996\3277).

Y, a su vez, en un supuesto de solicitud de suspensión de la ocupación de una finca por la Administración, el TS ha llegado a afirmar que la reparación de tal ocupación no es imposible o difícil, dada la presunción de solvencia de las Administraciones públicas (STS, Sala 3.ª, de 27 de diciembre de 1996, RJ 1996\9372).

Pero la exención general de prestar cauciones o depósitos para ejercitar acciones o interponer recursos o de cualquier garantía o caución ante órganos administrativos o Tribunales la encontramos, para el Estado, sus organismos autónomos y sus entidades públicas empresariales, en el artículo 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, reguladora del régimen de la asistencia jurídica al Estado e Instituciones públicas.

Para las Comunidades Autónomas y las entidades públicas dependientes de ellas, la misma exención la hallamos en Estatutos de Autonomía como el de Andalucía (art. 43), Asturias (art. 15.2, letra f), Canarias (art. 40, letra g), Castilla-La Mancha (art. 39.2, letra f) o Castilla y León (art. 39.2, letra f); en Leyes reguladoras de las Administraciones públicas de las Comunidades Autónomas, como la del Parlamento canario de 26 de julio de 1990 (art. 34, letra g) o la de las Cortes de Aragón de 30 de diciembre de 1996, sobre organización y funcionamiento de la Diputación General de Aragón (art. 3.1, letra h); y en la propia Ley 52/1997, de 27 de noviembre, reguladora del régimen de la asistencia jurídica al Estado e Instituciones públicas, pues su Disposición Adicional Cuarta, punto 2, dispone que la regla del artículo 12 de la Ley es de aplicación a las Comunidades Autónomas y las entidades públicas dependientes de ellas.

Y, para los entes locales, su previsión se encuentra en el artículo 154.2 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en relación con la pretendida exención de las Administraciones públicas de efectuar depósitos como requisito indispensable para interponer recursos judiciales ante la jurisdicción laboral, se ha manifestado del siguiente modo.

En relación con la necesidad de previa consignación e ingreso del capital para impugnar en vía de recurso las Sentencias recaídas en materia de Seguridad Social, declara en su Sentencia 64/1988, de 12 de abril, que *el Estado no se encuentra exento de tal consignación, «pues es perfectamente claro que cuando el legislador ha querido introducir la exención, como ocurre respecto de los depósitos y consignaciones del artículo 181 LPL (de 1980), la*

Pero lo que no nos parece admisible es una interpretación favorable a que la caución deba admitirse de forma automática en estos casos. Por un lado, en términos generales, porque en la razón de ser de la previsión específica de la suspensión de una obra nueva como medida cautelar o meramente preventiva o aseguratoria, con sus especialidades procedimentales señaladas, se encuentra no tanto la de asegurar la reparación económica final del daño producido por el dueño de dicha obra, pues para eso existen otras medidas, sino precisamente la de evitar perjuicios al actor que no son reparables económicamente o que la indemnización económica no compensaría totalmente.

Por otro lado, porque, ante la posibilidad de la existencia de fallos de sentencia civil dictada en proceso plenario o de sentencia contencioso-administrativa consistentes en la reconstrucción del estado anterior al momento en el que se produjo la vía de hecho expropiatoria (69), la suspensión de la obra nueva como medida cautelar o simplemente preventiva o aseguratoria cobra pleno sentido (70) y su reemplazo automático por una caución sustitutoria constituiría una desustancialización absoluta de la misma.

Y porque, entonces, la «presunción de solvencia económica de las Administraciones públicas» imposibilitaría *de facto* la funcionalidad de los interdictos de obra nueva frente a ellas, pues la obra continuaría hasta que se dictase la sentencia interdictal (ahora la sentencia del juicio verbal citado).

4. La Administración sigue contando, además, con la posibilidad de argumentar en contra de la admisión, mediante la interposición del correspondiente recurso de reposición contra el auto que la declare (recurso regulado ahora en los arts. 451 y ss. de la LECiv 2000).

norma legal lo ha dicho expresamente, y no puede entenderse que en el caso del artículo 180, donde la distinción no existe, haya de llegarse a la misma conclusión, más aún si se tiene en cuenta que la materia del artículo 180, en la generalidad de los supuestos, concierne a organizaciones de carácter estatal».

Y, con respecto al depósito exigido para tener por anunciado recurso de suplicación ante la jurisdicción laboral (art. 154 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980), ha declarado, en su Sentencia 99/1989, de 5 de junio, que *la exoneración de cargas procesales a favor del Estado o de Organismos públicos estatales requiere un precepto legal que la establezca, sin que sean trasladables las exenciones que puedan venir establecidas en otros preceptos legales reguladores de supuestos distintos. Y «no es de aceptación el argumento de que la solvencia de los Organismos públicos estatales hacen innecesaria la previsión legal del depósito, en la medida en que satisface la finalidad de garantizar la ejecución de la sentencia condenatoria a que responde dicha previsión legal, pues tal finalidad, no es simplemente la de garantizar la ejecución de la Sentencia, sino más propiamente la de asegurar su “inmediata” ejecución y ello solamente se obtiene con la constitución previa del depósito de la cantidad objeto de la condena, la cual resulta así de ineludible cumplimiento para los Organismos públicos dependientes del Estado a quienes la ley no les reconoce explícitamente su exoneración [...]».*

(69) En relación con esta problemática, me remito a lo expuesto en la totalidad del capítulo XIII de mi libro *Expropiación forzosa y acciones civiles* (Aranzadi Editorial, Pamplona, 2000), titulado «El fallo de las sentencias estimatorias de las demandas frente a vías de hecho expropiatorias y el contenido de las medidas cautelares», pero especialmente a lo destacado en las págs. 262 y ss. y 271 y ss.

(70) Sobre este aspecto abundaremos en el punto 7 de nuestras Conclusiones.

5. La vista se celebrará en un plazo no inferior a diez días, ni superior a veinte, desde que se dictó el auto de admisión de la demanda y se citó a las partes para la celebración de la misma.

Y la sentencia será dictada dentro de los diez días siguientes a la terminación de la vista, practicadas las pruebas (art. 447.1).

Como en la regulación anterior, se prevé un plazo muy corto para la celebración de la vista, de acuerdo con la naturaleza preventiva o aseguradora del procedimiento (71).

Así pues, si en la práctica se demora la sentencia sobre dicho procedimiento, tal circunstancia es disfuncional con respecto a su regulación legal y normalmente será atribuible al órgano jurisdiccional o a la propia representación de la Administración demandada (72).

6. Si la sentencia del proceso en estudio es desestimatoria de la pretensión de suspensión y el demandante interpone recurso de apelación, ahora, a falta de norma especial, se aplicará la regla general consistente en que la apelación contra sentencias desestimatorias de la demanda y contra autos que pongan fin al proceso carecerá de efectos suspensivos, sin que,

(71) V. GIMENO SENDRA, después de negar la naturaleza cautelar del procedimiento que nos ocupa, porque, entre otras cosas, falta la instrumentalidad con respecto a otro proceso principal, subraya, no obstante, su finalidad preventiva o aseguradora, «por cuanto, mediante el ejercicio de la acción, se pretenden evitar los mayores perjuicios que se producirían de consolidarse definitivamente una determinada construcción» (*Derecho Procesal Civil*, tomo I, vol. II, escrito en colaboración con otros autores, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 109).

(72) Ejemplo de esto último lo tenemos en el caso de la utilización del privilegio de suspensión del plazo para contestar la demanda, a fin de permitir que el Abogado del Estado evacue la pertinente consulta a la Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

Esto es lo que ocurrió —como ya hemos visto— en el supuesto sobre el que se pronuncia la Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 21 de diciembre de 1993 (RJ 1993\9932), que es la que invoca el argumento de la incidencia negativa en el interés público de la suspensión de la obra sin juicio sobre el fondo del asunto. Entre la interposición de la demanda y la fecha señalada para la celebración del juicio verbal sólo distaban catorce días, pero el plazo para la celebración del juicio se suspendió durante tres meses, a instancia del Abogado del Estado, para efectuar consulta a la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado.

Recordemos que, hoy, el artículo 14 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, reguladora del régimen de la asistencia jurídica al Estado e Instituciones públicas, consigna que, en los procesos civiles que se dirijan contra el Estado, sus organismos autónomos, entidades públicas dependientes de ambos o los órganos constitucionales, el Abogado del Estado recabará los antecedentes para la defensa de la Administración, organismo o entidad representada, así como elevará, en su caso, consulta ante la Dirección del Servicio Jurídico del Estado. A tal fin, al recibir el primer traslado, citación o notificación del órgano jurisdiccional podrá pedir, y el Juez acordará, la suspensión del curso de los autos, salvo que, excepcionalmente y por auto motivado, se estime que ello produciría grave daño para el interés general.

Pero añade que, en el caso de interdictos, procedimientos del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, aseguramiento de bienes litigiosos e incidentes, el plazo de suspensión, que se fijará discrecionalmente por el Juez, no será superior a diez días ni inferior a seis.

Y no olvidemos que la Disposición Adicional Cuarta, punto 2, de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, reguladora del régimen de la asistencia jurídica al Estado e Instituciones públicas, dispone que la regla del artículo 14 de la Ley es de aplicación a las Comunidades Autónomas y las entidades públicas dependientes de ellas.

en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto (art. 456.2 de la LECiv 2000). De este modo, ya no cabe la situación que generaba la regulación de la LECiv 1881 determinada porque la interposición del recurso de apelación contra la sentencia interdictal desestimatoria producía la suspensión de los efectos de dicha sentencia y, por lo tanto, el mantenimiento de la suspensión declarada de forma automática al inicio del procedimiento.

Así pues, se colige de lo anterior que la nueva regulación de la figura en estudio por la LECiv 2000 salva la mayor parte de las objeciones que, bajo la vigencia de la normativa precedente, se han hecho a la procedencia de su uso frente a Administraciones públicas.

IV. CONCLUSIONES SOBRE SU ADMISIBILIDAD FRENTE A ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Tras contrastar los argumentos formulados en favor y en contra de la utilización de la vía impugnatoria en estudio frente a las Administraciones públicas y analizar su nueva regulación en la LECiv 2000, hemos llegado a las conclusiones que exponemos a continuación, tomando como base los razonamientos esgrimidos en contra de la referida procedencia y el orden de los mismos.

1. No es necesaria la previsión específica por nuestro Ordenamiento jurídico de la procedencia de tal interdicto frente a las vías de hecho expropiatorias, pues ya deja claro el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa que, en tales supuestos, no sólo pueden ejercitarse los «interdictos de retener y recobrar», sino también los «demás medios legales procedentes».

Máxime cuando la propia Exposición de Motivos de dicha Ley (epígrafe V: «Garantías jurisdiccionales», párrafo 3.º) precisa que «la especial mención de las acciones posesorias no implica imposibilidad de utilizar otros medios procesales reconocidos por las Leyes, sino que, como se ha dicho, aquella mención resulta obligada a fin de neutralizar la regla general prohibitiva de los interdictos contra la Administración. Por ello, y por aducir un ejemplo concreto, se ha omitido toda referencia al procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, ya que habiéndose reconocido por distintas vías que puede utilizarse contra la Administración era innecesario aludir al mismo de modo expreso».

Y tampoco debe olvidarse que el artículo 101 de la Ley 30/1992 habla de interdictos en general, sin excluir el de obra nueva, y su interpretación en sentido inverso cubre la aceptación apriorística de todos ellos cuando la Administración en cuestión no actúa en materia de su competencia o de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido.

Pero, además, tampoco es contundente la afirmación de que admitirlo supondría una interpretación extensiva de una norma excepcional (partiendo de la consideración como excepcional de la norma que permite la interposición de interdictos frente a las Administraciones cuando incurren

en vía de hecho: art. 101 de la Ley 30/1992, *sensu contrario*), pues también podría sostenerse que la norma ordinaria es la utilización de los diversos tipos de interdicto en los supuestos previstos en la legislación de enjuiciamiento civil y la norma excepcional su prohibición frente a la actuación de las Administraciones públicas. Así pues, la norma que habría de aplicarse restrictivamente sería la de prohibición y no la de permisión.

Debemos recordar cómo, en la doctrina científica, F. LÓPEZ MENUDO (73) ya había defendido la posibilidad del interdicto de obra nueva frente a vías de hecho administrativas, sobre la base de que el artículo 103 de la LPA de 1958 hablaba simplemente de interdictos y de que, por ello, comprendía todos, por aplicación de las reglas *favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda* y *ubi lex non distinguet, nec nos distiguere debemus*.

Precisamente, tanto en Francia como en España se viene manteniendo en la doctrina científica y en la jurisprudencia que, en los supuestos de vía de hecho, la Administración pierde sus privilegios, sus prerrogativas, para aplicársele el régimen común, el que rige para todos los ciudadanos (74). Y en dicho régimen común es utilizable el interdicto de obra nueva (75).

Y, por otra parte, la exégesis restrictiva que desemboca en la no procedencia del interdicto de obra nueva en los supuestos que venimos analizando constituiría, dentro de las distintas interpretaciones aducibles, la menos favorable a la plena realización del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, en lugar de la más favorable a dicho derecho. Se contradiría así la doctrina del Tribunal Constitucional de la interpretación de los derechos fundamentales en el sentido más favorable a su plena realización (76), cuando tal doctrina exige justo lo contrario: en el presente caso, la admisión del interdicto de obra nueva (77).

La cuestión de su compatibilidad con las medidas cautelares previstas en la LJCA de 1998 será analizada más adelante (78).

(73) F. LÓPEZ MENUDO, *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1988, pág. 103.

(74) SSTS, Sala 1.ª, de 8 de junio de 1993 (Ar. 4468) y de 5 de octubre de 1998 (Ar. 7328).

En la jurisprudencia menor, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.ª, de 22 de mayo de 1996 (AC 1996\998); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, de 31 de julio de 1997 (AC 997\1591), y la SAP de Guadalajara de 7 de febrero de 1995 (AC 1995\225).

(75) Como hemos visto atrás, utilizan el razonamiento de la pérdida de las prerrogativas en supuestos de vía de hecho para justificar la procedencia del interdicto de obra nueva la SAP de Málaga de 18 de diciembre de 1990 («RGD», año 1991, págs. 11240 y ss.), la SAP de Toledo de 1 de febrero de 1993 (AC 1993\692) y la SAP de Badajoz de 25 de enero de 1994 (AC 1994\131, que invoca, a su vez, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de San Sebastián de 20 de octubre de 1986, de Cáceres de 5 de mayo de 1987 y de Pontevedra de 13 de marzo de 1989).

(76) SSTC 17/1985, de 9 de febrero, y 1/1989, de 16 de enero.

(77) Como hemos examinado atrás, este argumento se invoca en favor del interdicto en estudio por la SAP de Toledo de 1 de febrero de 1993 (AC 1993\692), que cita, a su vez, las SSTS de 4-11-1986 (RJ 1986\6241) y 13-10-1987 (RJ 1987\7356), así como la Sentencia del TCT de 14-10-1988 (RJ 1988\185).

E, igualmente, acude a dicho razonamiento la SAP de Madrid de 6 de febrero de 1993 (AC 1993\141, f.j. 7.ª).

(78) En el punto 8 del presente epígrafe.

2. El argumento de que la modificación del artículo 71 LECiv 1881 realizada por la Ley 10/1992 no es suficiente para admitir la procedencia del interdicto en cuestión frente a Administraciones públicas ha perdido su sentido, como también lo ha perdido el que invoca tal precepto para su defensa, pues la Ley 52/1997 ha derogado el citado párrafo del artículo 71 de la LECiv 1881 y, en su artículo 15, al regular el fuero territorial del Estado en los procesos civiles, ya no menciona los interdictos de obra nueva. Y la LECiv 2000 no modifica lo establecido en esta última Ley, que, en tal apartado, sigue vigente.

Por un lado, hay que subrayar que incurrirían en contradicción aquellos que quitaban importancia a la mención expresa de tales interdictos frente a Administraciones públicas en el artículo 71 de la LECiv 1881, considerando que no era la sede sistemática apropiada para regular la procedencia de tales interdictos en dichos casos, si ahora invocasen la exclusión de especialidad de fuero territorial en tales casos, por la que ha optado la nueva normativa citada.

La desaparición de la referencia a tales interdictos en relación con la regulación del fuero territorial de las Administraciones públicas significa simplemente que no se contemplan especialidades de fuero territorial en tales supuestos y no que ya no procedan tales interdictos; máxime cuando —como hemos visto— la nueva LECiv incorpora una regulación que soluciona las cuestiones más problemáticas de su admisión en la normativa precedente.

E, incluso, antes de la entrada en vigor de la Ley 52/1997 y de la LECiv 2000, nos parecen convincentes los argumentos de su defensa destacados por J. BARCELONA LLOP que referenciamos atrás (79).

3. Tampoco nos resulta de recibo el razonamiento de que se ha de separar la desposesión de inmuebles, que es objeto de los interdictos de retener y recobrar, de la obra pública en fase de ejecución y que el artículo 125 LEF sólo contempla el momento de la conversión de titularidades privadas en públicas o demaniales sin acto o cobertura legítima, en relación con bienes inmuebles, y no el ulterior de ejecución de obras públicas.

Por un lado, porque tal argumento entra en contradicción con aquella jurisprudencia menor que afirma que los interdictos de obra nueva incluyen entre sus fines la tutela posesoria (80).

Y, por otro, porque tampoco se compagina con la jurisprudencia menor que, en pro del principio de especialidad procedimental, sostiene que, en aquellos casos en que la amenaza a la posesión se produce por la construcción de obra, el interdicto procedente es el de obra nueva y no los interdictos de retener y recobrar.

(79) Punto 3 de los argumentos favorables a la procedencia (apartado II, letra B, del presente estudio).

(80) Nos remitimos a las Sentencias de Audiencias Provinciales que reseña J. GARBÉRÍ LLOBREGAT y otros, en su *Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, págs. 514 y ss.

Precisamente por ello, el principio de especialidad procedimental señalado se ha esgrimido en favor de la procedencia del interdicto de obra nueva en los casos que nos ocupan (81).

E insistir en la no procedencia del interdicto en estudio y mantener, a la vez, el principio de especialidad procedimental, para excluir en los mismos casos no sólo el interdicto en estudio, sino también los de retener y recobrar, conduce a posiciones extremas tales como la de la SAP de Lleida, Sección 2.^a, de 15 de diciembre de 1997 (AC 1997\2546), que sostiene que, en las expropiaciones por vía de hecho acompañadas de obras públicas, no caben ni los interdictos de retener y recobrar ni el interdicto de obra nueva (82). Ello supone duplicar la reducción de las vías impugnatorias utiliza-

(81) SAP de Madrid de 6 de febrero de 1993 (AC 1993\141, f.j. 7.^o), SAP de Toledo de 1 de febrero de 1993 (AC 1993\692, f.j. 2.^o) y SAP de Badajoz de 25 de enero de 1994 (AC 1994\131).

Y, entre los autores, C. ALVAREZ-LINERA Y URÍA (*El interdicto de obra nueva frente a la Administración*, «La Ley», año 1992, tomo IV, pág. 1101).

Una reseña de lo manifestado en esta línea por dichas sentencias y por el autor citado la incluimos en el punto 5 del epígrafe II, letra B, de este estudio.

(82) Nos dice esta Sentencia que «se ha ido abriendo camino modernamente en la doctrina de nuestras Audiencias Provinciales la tesis —hoy día prácticamente unánime— de que en todos aquellos casos en que el despojo del estado posesorio tiene lugar mediante la ejecución de una “obra” (actuación material determinante de una transformación de la realidad física de cierta envergadura), la única protección posesoria posible consiste en la paralización de los trabajos a través del interdicto de obra nueva, de tal suerte que, si no se plantea dicha acción antes de que la obra concluya (o, en definitiva, de que se consume el perjuicio que el interdicto está llamado a conjurar), el eventual despojo queda privado de protección posesoria, al no ser posible pretender la demolición de lo ejecutado en el marco de un proceso de carácter netamente cautelar como el interdicto de recobrar la posesión, quedando, en consecuencia, diferida la tutela al juicio declarativo correspondiente. En otras palabras, se trata de una interpretación que no se sustenta en motivos meramente ritualistas, dado que, precisando el interdictante del de obra nueva ganar una sentencia en juicio declarativo (art. 1675 LECiv) para obtener la demolición de lo construido, no parece posible admitir que, valiéndose de un cauce procedimental cautelar de características similares, el interesado pueda obtener una sentencia posesoria que le habilite para lograr esa misma demolición. Y ello, además, valiéndose de una norma procesal tan expeditiva como la representada por el artículo 1659 de la LEC, que permite obtener la inmediata reposición en la posesión sin necesidad de esperar siquiera a la resolución del eventual recurso de apelación que contra aquella pueda interponerse. Y, si ello es así con carácter general, habrá que entender que los interdictos de retener y recobrar que contempla el, ya citado, artículo 125 LEF sólo resultan admisibles cuando la ocupación indebida la lleva a cabo la Administración mediante actos materiales que, no entrañando la ejecución de obras en el sentido apuntado, impliquen mera detentación o simple acotamiento de las fincas».

Y la exclusión del interdicto de obra nueva en estos casos la justifica en los siguientes términos: «definidas legalmente las “obras públicas” como “[...] las que sean de general uso y aprovechamiento y las construcciones destinadas a servicios que se hallen a cargo del Estado, de las Provincias y de los pueblos [...]” (artículo 1 de la Ley General de Obras Públicas de 13 abril 1877), la doctrina emanada del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (Sentencias de 20 y de 21 diciembre 1993 —Ar. 1993\5974, 1993\5978 y 1993\9932—), ha venido a zanjar en sentido negativo la vieja polémica en torno a la posibilidad o imposibilidad legal de suspender cautelarmente el desarrollo de obras de la aludida naturaleza ejecutadas, en calidad de “dueños de la obra”, por cualesquiera entes públicos. Y ello sobre la base de considerar que, si bien el privilegio de autotutela administrativa debe ceder en los interdictos de retener y recobrar (que ya hemos visto que, por otras razones, no resultan admisibles en este supuesto), en los que el Juez civil, tras una fase procesal contradictoria,

bles frente al vicio más grave en el que la actividad administrativa puede incurrir: la vía de hecho. Y comporta una interpretación doblemente restrictiva de nuestro Ordenamiento jurídico en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, difícilmente justificable desde el prisma de la doctrina constitucional referida, de la interpretación de los derechos fundamentales del modo más favorable a su plena realización.

Además, los artículos 124 y 125 de la LEF y el artículo 349 del Código Civil, en los que, básicamente, se encuentra la habilitación de los interdictos de obra nueva frente a las Administraciones públicas, proscriben toda privación singular de derechos e intereses patrimoniales legítimos por vía de hecho y no sólo la amenaza o ataque posesorio.

4. No nos resulta asumible, asimismo, el argumento que rechaza el interdicto en estudio frente a Administraciones públicas basado en que supone la suspensión inmediata de las obras denunciadas, sin que frente a la resolución que acuerda dicha suspensión exista, a su vez, medio de enervar su efectividad.

Por un lado, hay que subrayar —como recuerda la SAP de Madrid de 12 de diciembre de 1995 (AC 1995\2301) (83)— que las mismas consecuencias se producen cuando dicho interdicto se ejercita entre particulares y no hay razón para discriminar entre uno y otro caso. Es decir, si realmente tales consecuencias fueran realmente excesivas, deberían corregirse en la regulación de dicho interdicto, o en la interpretación y aplicación de sus normas, tanto frente a la Administración como frente a particulares.

Pero, por otro lado, cabe afirmar, a tenor de la redacción actual del artículo 101 de la Ley 30/1992 («no se admitirán a trámite»), que la admisión a trámite del interdicto en estudio frente a una Administración pública no se efectuará automáticamente, sino sólo cuando se aprecie por el órgano jurisdiccional que existe un principio de prueba de la concurrencia de vía de hecho (84).

Y es que, en la línea preconizada por la doctrina científica (85), la juris-

puede calificar como “vía de hecho” la actuación administrativa sometida a su enjuiciamiento, no sucede lo mismo con el interdicto de obra nueva en el que la suspensión cautelar de la obra, adoptada sin una mínima base probatoria e “inaudita parte”, no constituye propiamente actividad jurisdiccional, al no llevar implícita una resolución en torno a la procedencia o legalidad de aquélla, supuesto en que la posición constitucional de la Administración Pública y su prerrogativa de autotutela deben prevalecer».

Y concluye señalando que lo anterior conduce en el caso litigioso «a la siguiente situación procesal: el cauce aquí elegido del interdicto de recobrar es inapropiado porque la perturbación posesoria tiene lugar mediante la ejecución de una “obra”, y, por otro lado, el interdicto de obra nueva le estaba vedado a la parte actora, al tener aquélla el carácter de obra “pública”. Por ello, ratifica la desestimación de la demanda que ya había realizado el Juzgado de Primera Instancia.

(83) Ponente: Belo González, f.j. 3.º, letra C, núm. 5.

(84) Recordemos que la SAP de Burgos de 31 de mayo de 1999, Sección 3.ª (AC 1999\5911), afirma, en dicha línea, que la regulación legal del artículo 101 de la Ley 30/1992 «determina la inadmisibilidad inicial y *ad limine* de la demanda interdictal, salvo que de la propia demanda y documentos acompañados se justifique, al menos, con un principio de prueba que la Administración ha incurrido en una vía de hecho».

(85) A tal doctrina nos referimos de un modo más detallado en los puntos 9 y 11 del epígrafe II, letra B, del presente estudio y en sus correspondientes notas al pie.

prudencia menor ha ido arbitrando vías a través de las cuales se permite establecer un trámite de admisión previa (86), dar audiencia previa a la Administración demandada (87), o se justifica la posibilidad de que el juez pueda informarse con carácter previo a la medida de suspensión, a fin de poder resolver fundadamente sobre la cuestión que se le somete, como, por ejemplo, solicitando a la Administración demandada que presente el expediente que ampara la obra (88).

Y, en tercer lugar, hay que tener presente que la LECiv 2000 contempla la aplicación al procedimiento que nos preocupa del *trámite de la admisión de la demanda* propio del juicio verbal, en el plazo de cinco días desde su presentación, previo examen por el órgano jurisdiccional de su jurisdicción y competencia objetiva y territorial (art. 440.1 LECiv 2000).

Así pues —como destacamos atrás—, el órgano jurisdiccional debe realizar en ese momento un juicio previo sobre la existencia de vía de hecho administrativa, ya que sólo si llega a la conclusión de que concurre tal vía de hecho admitirá la demanda a trámite, con mantenimiento de la suspensión hasta la sentencia.

Y, en apoyo de dicho juicio previo sobre la existencia de vía de hecho, tiene el órgano jurisdiccional la posibilidad que le ofrece la nueva Ley de llevar a cabo «reconocimiento judicial, pericial o conjunto, antes de la vista» (art. 441.2 LECiv 2000), con el que ilustrará, en su caso, el auto de admisión o inadmisión a trámite de la demanda.

A su vez, la Administración cuenta, además, con la posibilidad de argumentar en contra de la admisión, mediante la interposición del correspondiente recurso de reposición contra el auto que la declare (recurso regulado ahora en los arts. 451 y ss. de la LECiv 2000).

Y —como ha demostrado la doctrina científica arriba referenciada— si la suspensión inicial se mantiene durante un tiempo importante sin que el órgano jurisdiccional dicte sentencia, ello es imputable a la representación de la Administración o a una disfunción en el funcionamiento del órgano jurisdiccional en cuestión y no a lo previsto en la propia normativa del in-

(86) Como hemos visto atrás, la SAP de Madrid de 12 de diciembre de 1995 (AC 1995\2301, Ponente: Belo González, f.j. 4.º, III) mantiene que debe aplicarse el número 2 del artículo 11 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, que señala que: «Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal». Así, cuando *de la propia demanda se desprende, de forma clara y flagrante, que la pretensión ejercitada carece por completo de fundamento, entrañando un auténtico fraude procesal, debe rechazarse de plano.*

Y la SAP de Málaga de 18 de diciembre de 1990 («RGD», año 1991, págs. 11240 y ss., f.j. 2.º) también sostiene la realización de una admisión previa, justificándola en una interpretación analógica.

(87) El Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.ª, de 4 de febrero de 1998 (AC 1998\3745), que hemos reseñado cumplidamente atrás (epígrafe II, letra B, núm. 11), admite y justifica la procedencia de una vía a través de la cual se oye a la Administración pública demandada, antes de acordar la suspensión de la obra.

(88) Sentencia de 4 de enero de 1992 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real («Actualidad Civil», 5/1992 —Audiencias—, Sección Primera, Ponente: Duro Ventura). Un resumen del contenido de esta Sentencia lo incorporamos en el epígrafe II, letra B, núm. 11, del presente trabajo.

terdicto (89). Los plazos previstos por la LECiv 2000 al respecto nos permiten mantener las mismas afirmaciones (90).

Y, por último, si la Sentencia interdictal es desestimatoria de la pretensión de suspensión y el demandante interpone recurso de apelación, ahora, a falta de norma especial, se aplicará la regla general consistente en que la apelación contra sentencias desestimatorias de la demanda y contra autos que pongan fin al proceso carecerá de efectos suspensivos, sin que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto (art. 456.2 de la LECiv 2000). De este modo, ya no cabe la situación que generaba la regulación de la LECiv 1881 determinada porque la interposición del recurso de apelación contra la sentencia interdictal desestimatoria producía la suspensión de los efectos de dicha sentencia y, por lo tanto, el mantenimiento de la suspensión declarada de forma automática al inicio del procedimiento.

5. La aducción de la incompatibilidad del interdicto en cuestión con la presunción de validez del acto administrativo y su ejecutividad (de su autotutela en general), por cuanto con la simple presentación de la demanda, sin oír a la Administración, el juez acuerda la paralización de la obra, entendemos que tampoco es asumible.

Por un lado, por lo que acabamos de destacar con respecto a la posibilidad real de trámite de admisión previa y de audiencia previa a la Administración demandanda.

Y, por otro lado, porque —como nos ha recordado J. BARCELONA LLOP— el Tribunal Constitucional ha declarado que dicha autotutela, para que sea constitucionalmente aceptable, ha de desenvolverse de forma acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho a una tutela cautelar (STC 78/1996, de 20 de mayo), aspecto que está presente en el interdicto de obra nueva (91).

6. También consideramos superable el argumento consistente en que la Administración no podía acudir al proceso declarativo ordinario que preveía el artículo 1671 LECiv 1881 para pedir la continuación de la obra, si existía una sentencia firme estimatoria de la demanda interdictal, porque no podía someter al análisis del juez civil la actividad de la Administración regulada por el Derecho Administrativo.

El hecho de que, en el proceso declarativo ordinario que preveía el artículo 1671 LECiv 1881, para resolver definitivamente sobre la cesación de la obra o la continuación de la misma, el órgano jurisdiccional civil tuviese que enjuiciar la actividad administrativa sometida al Derecho Administrativo no era privativo de la interposición de un interdicto de obra nueva,

(89) Nos remitimos a lo expuesto en el punto 9 del epígrafe II, letra B, del presente trabajo.

(90) Nos remitimos a lo expuesto en el punto 5 del epígrafe III de este trabajo.

(91) J. BARCELONA LLOP, *Notas sobre el interdicto de obra nueva contra la Administración*, pág. 3.

pues también se producía cuando la jurisdicción civil tenía que resolver demandas de proceso declarativo ordinario frente a expropiaciones por vía de hecho, en ejercicio de acción reivindicatoria, de reintegración de enriquecimiento sin causa, etc. (92).

La justificación se encuentra no sólo en que la jurisdicción civil puede resolver cuestiones prejudiciales de otros órdenes jurisdiccionales (art. 10 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial), sino, sobre todo, en que en los supuestos de vía de hecho expropiatoria el ciudadano puede utilizar todos los medios impugnatorios posibles que le suministra la jurisdicción civil, en virtud de la previsión general expresa establecida por el Legislador en el artículo 125 LEF (clarificado en este punto por el epígrafe V de su Exposición de Motivos). A lo que debe añadirse que, en el fondo del asunto, latén cuestiones propias de los órganos jurisdiccionales civiles: derechos reales, validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro español, o adopción de medidas provisionales o de aseguramiento respecto de bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España (arts. 22.1 y 2.5 de la LOPJ).

7. El alegato según el cual, al redundar la obra pública en interés general, no cabe consentir que la realización de una obra de dicha naturaleza pueda quedar paralizada por tal interdicto y diferida a un ulterior proceso declarativo tampoco es admisible.

En un Estado Social y Democrático de Derecho, las obras públicas deben realizarse de conformidad con el Ordenamiento jurídico y con respeto a los derechos e intereses patrimoniales legítimos de los ciudadanos. Para cohonestar las exigencias del interés general y la garantía a tales derechos e intereses legítimos contempla nuestra Constitución la institución de la expropiación forzosa (cuyo régimen está desarrollado en la actualidad por la LEF de 1954 y su Reglamento de 1956), sin perjuicio de que las Administraciones puedan acudir igualmente a los otros medios previstos por nuestro Ordenamiento jurídico para adquirir la propiedad u otros derechos patrimoniales (93).

Así pues, en nuestro régimen no se puede invocar el interés general y prescindir de las citadas vías legalmente admisibles. Si la obra pública se construye en suelo ajeno, incurriendo una Administración pública en vía de hecho expropiatoria, el afectado podrá utilizar todos los medios impugnatorios a su alcance para defenderse de tal intromisión, como se deriva del artículo 125 LEF, incluido el interdicto en estudio.

Y la tensión entre las exigencias del interés público al que está destinada la obra y el derecho del ciudadano a obtener medidas cautelares y precautorias frente a obras públicas que se construyen en vía de hecho expro-

(92) Nos remitimos a lo expuesto en nuestro reciente libro, donde estudiamos, entre otros extremos, el ejercicio de tales acciones frente a la vías de hecho expropiatorias: José Antonio TARDÍO PATO, *Expropiación forzosa y acciones civiles*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2000.

(93) Esta cuestión la he tratado con mayor desarrollo en mi libro *Expropiación forzosa y acciones civiles*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2000, págs. 246 y ss.

piatoria no sólo está presente en los interdictos de obra nueva, como figura de naturaleza precautoria y tintes cautelares, sino también en los interdictos de retener y recobrar, en las medidas cautelares indeterminadas de la jurisdicción civil y en las medidas cautelares de la jurisdicción contencioso-administrativa. De este modo, el mismo argumento que ahora se combate en contra del interdicto de obra nueva, si se admitiese, cabría aplicarse a los demás instrumentos cautelares y precautorios citados. Pero estaría en contradicción con el derecho a obtener una justicia cautelar como exigencia del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva (94).

E incluso, visto desde la perspectiva del final del proceso, en nuestro Ordenamiento jurídico es posible, en determinados supuestos, obtener un fallo de la sentencia civil o contencioso-administrativa consistente en la reconstrucción del estado anterior al momento en el que se produjo la vía de hecho expropiatoria, por lo que los instrumentos cautelares o precautorios previos cobran especial relevancia (95).

En este contexto, la naturaleza precautoria, con tintes cautelares, del interdicto de obra nueva hace de esta figura una vía impugnatoria apropiada para estos casos. Y, con la suspensión de la obra que se está ejecutando en vía de hecho expropiatoria, se puede conseguir no sólo salvaguardar los derechos e intereses patrimoniales legítimos de los ciudadanos, sino incluso evitar gastos inútiles a las arcas públicas o males mayores para el interés general. Piénsese en obras públicas que se están ejecutando en suelo particular no sólo con ausencia formal de acuerdo de necesidad de ocupación, sino sin que pueda defenderse tampoco ésta desde el punto de vista sustancial. Y piénsese, también, en obras públicas que se han iniciado en lugar en el que va a producirse un grave atentado contra el medio ambiente.

8. Y, por último, tampoco podemos admitir el razonamiento según el cual el hecho de que la nueva Ley de Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, la Ley 29/1998, al establecer una regulación propia de medidas cautelares contra las vías de hecho, significa la exclusión de los instrumentos cautelares y precautorios propios de la jurisdicción civil.

Como hemos visto atrás, las Sentencias del Tribunal de Conflictos de

(94) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, tomo II, 4.ª ed., págs. 623 y ss. (5.ª ed., págs. 624 y ss.).

La posibilidad de adopción de «medidas cautelares» en el proceso contencioso-administrativo como una exigencia del artículo 24.1 CE ha sido afirmada por el Tribunal Constitucional (en Sentencias de 10 de febrero de 1992, 17 de diciembre de 1992 y 29 de abril de 1993, entre otras), cuando aquéllas sean necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que recaiga en su momento.

Sobre ello, asimismo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares*, 2.ª ed., Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1995, págs. 273 y ss.

(95) En relación con esta problemática, me remito a lo expuesto en la totalidad del capítulo XIII de mi libro *Expropiación forzosa y acciones civiles* (Aranzadi Editorial, Pamplona, 2000), titulado «El fallo de las sentencias estimatorias de las demandas frente a vías de hecho expropiatorias y el contenido de las medidas cautelares», pero especialmente a lo destacado en las págs. 262 y ss. y 271 y ss.

Jurisdicción de 9 de abril de 1999 («BOE» de 29 de junio, f.j. 3.º) y 20 de octubre de 1999 («BOE» de 6 de diciembre, f.j. 1.º) invocan en detrimento de la procedencia de los interdictos en estudio que el artículo 25.2 de la Ley 29/1998, de Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, que admite el recurso contencioso-administrativo contra las vías de hecho, y el artículo 30 de la misma Ley, que establece un régimen de impugnación previo a dicho recurso, avanzan inequívocamente en el sentido de la exclusión de los interdictos de obra nueva frente a Administraciones públicas (96).

En un paso más allá, V. CONDE MARTÍN DE HIJAS (97) nos dice que la precisión hecha en la LJCA de 1998 del recurso especial frente a vías de hecho «puede ser argumento poderoso para sostener que, en adelante, será sólo el recurso contencioso-administrativo, y no los interdictos civiles, el medio de impugnación aplicable».

Y R. FERNÁNDEZ VALVERDE (98) mantiene, por su parte, que «el nuevo y específico tratamiento normativo del recurso contencioso-administrativo contra las actuaciones por vía de hecho hace pensar en la práctica eliminación de la clásica vía interdictal mencionada [...] y, en consecuencia, en la concentración en el orden contencioso-administrativo de este control frente a la actuación fáctica de la Administración, perdiendo la competencia la jurisdicción ordinaria».

Asimismo, ya se han producido resoluciones de Audiencias Provinciales que, en supuestos de interdictos de recobrar la posesión frente a vías de hecho expropiatorias, han declarado la incompetencia de la jurisdicción civil en la materia, tras la entrada en vigor de la LJCA de 1998 y la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (99).

Frente a ello, tenemos que destacar enfáticamente que lo único que se ha unificado expresamente en la Ley 29/1998 (junto con lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/1998, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial) ha sido el régimen procesal de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, pero no el de las vías de hecho expropiatorias, cuestiones que no deben confundirse entre sí (100).

(96) Y la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 8 de mayo de 1999 (AC 1999\5211), aunque admite sin reparos la procedencia del interdicto en estudio frente a Administraciones públicas e incluso estima la demanda interdictal en el caso que resuelve, subrayando que el proceso se promovió con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva LJCA, afirma que «la cuestión, sin embargo, habrá que replantearla como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 29/1998».

(97) V. CONDE MARTÍN DE HIJAS, *Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, dirigidos por E. ARNALDO ALCUBILLA y R. FERNÁNDEZ VALVERDE, Publicaciones Abella, Madrid, 1998, pág. 72.

(98) R. FERNÁNDEZ VALVERDE, *Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, dirigidos por E. ARNALDO ALCUBILLA y R. FERNÁNDEZ VALVERDE, Publicaciones Abella, Madrid, 1998, pág. 311.

(99) Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 29 de junio de 1999 (AC 1999\7726) y Auto de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2.ª, de 6 de abril de 2000 (AC 2000\889).

(100) A estos efectos, puede examinarse lo expuesto en nuestro libro *Expropiación forzosa y acciones civiles*, págs. 73 y ss. y 348 y ss.

Constituye una interpretación *contra legem* mantener que la nueva LJCA (la Ley 29/1998), al mencionar expresamente las actuaciones materiales por vía de hecho como competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y objeto de su recurso, así como al regular las especialidades de éste en cuanto versa sobre tal objeto, supone la exclusión de la competencia de la jurisdicción civil, en general, y de los interdictos, en particular, cuando concurre vía de hecho. Frente a ello, debe precisarse lo siguiente.

La Ley 29/1998 no ha derogado expresamente aquellos preceptos que contemplan expresamente la posibilidad de interponer interdictos y usar las demás vías impugnatorias de la jurisdicción civil frente a Administraciones públicas, cuando éstas incurrían en vía de hecho, especialmente el artículo 125 LEF (que no sólo se refiere a los interdictos, sino también a cualquier medio legal procedente) y el artículo 101 de la Ley 30/1992. Además, este último podía haber sido derogado o reformado por la Ley 4/1999, de modificación de la misma y posterior a la LJCA 1998, y no lo ha sido.

Las derogaciones implícitas exigen contradicción entre preceptos de la norma antigua y de la nueva (como se colige del art. 2.2 del Código Civil) (101) y, en el presente caso, no la hay, sino compatibilidad y dualidad de opciones alternativas (el recurso contencioso y sus medidas cautelares, por un lado, y los cauces de impugnación ante la jurisdicción civil, por otro) (102).

(101) Artículo 2.2 CC: «La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior.»

L. M. DÍEZ PICAZO destaca que la derogación tácita exige o bien la incompatibilidad de la norma posterior con la anterior o bien que la norma posterior establezca una nueva regulación integral de la materia (*La derogación de las leyes*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1990, pág. 286).

Pero para que pueda hablarse de derogación tácita por una nueva regulación integral de la materia tiene que darse en supuestos en los que la materia derogada sea formalmente identificable de manera directa, por consistir en una ley entera o en una división interna de la misma (un título, un capítulo, etc.), ya que el objeto derogado no es la norma jurídica, sino el texto legal (pág. 292). Por otro lado, hay que constatar que el ámbito de la regulación coincida en las dos normaciones (pág. 294) y que todos los preceptos de la antigua regulación queden derogados (pág. 295). Como, asimismo, hay que tener presente el principio de no presunción de la derogación (pág. 292), ya que la regla general es que, en la duda, la derogación no se presume, pesando sobre el legislador la carga de la derogación expresa, manifestación, por otra parte, del principio *favor acti* (págs. 143-144 y 149 y ss.).

Es decir, podríamos hablar en el caso que nos ocupa de derogación tácita derivada de una nueva regulación integral en la materia, si la norma que establece la posibilidad de acudir a los interdictos se hubiese encontrado en la LJCA de 1956 y en la nueva LJCA de 1998 se hubiese omitido tal norma o si se hubiese aprobado una nueva ley de expropiación forzosa que hubiese prescindido del contenido del actual artículo 125 LEF o una nueva reforma de la Ley 30/1992 que hubiese omitido o modificado la actual previsión de su artículo 101.

Pero ello no se ha producido así, a pesar de que incluso la Ley 4/1999, posterior a la LJCA 1998, ha venido a establecer una importante reforma de la Ley 30/1992. Por lo tanto, tampoco puede hablarse de derogación tácita por nueva regulación integral de la materia.

(102) Los relacionamos en el capítulo VI de nuestro libro *Expropiación forzosa y acciones civiles* (Aranzadi Editorial, Pamplona, 2000) y los estudiamos de modo detallado en otros capítulos del mismo.

Recuérdese que el artículo 125 de la LEF dispone que, en los supuestos constitutivos de vía de hecho, el interesado podrá utilizar, «*APARTE DE LOS DEMAS MEDIOS LEGALES PROCEDENTES*, los interdictos de retener y recobrar [...]». El legislador español ha querido que, cuando la Administración incurre en expropiación por vía de hecho, la máxima violación de los derechos e intereses patrimoniales legítimos de los particulares, éstos puedan utilizar cualquier medio legal existente al efecto.

Porque, a su vez, aparte de constituir la regla general el principio de no presunción de la derogación (103), al menos la previsión del citado artículo 125 de la LEF puede considerarse una norma especial frente a la norma general establecida en la Ley 29/1998 y, en este sentido, sería de aplicación el principio general proclamado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de que las normas especiales son siempre de aplicación preferente a los casos en ellas previstos y que «para que sus preceptos puedan estimarse derogados precisan o bien la expresa y nominativa derogación en la disposición posterior de carácter general, o la anulación por otra también posterior que tenga el mismo carácter especial» (104).

Considérese, además, que el artículo 22.1 LOPJ atribuye la competencia al orden civil, con carácter exclusivo, en materia de «derechos reales que se hallen en España» y «en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro español». Y el artículo 22.5 de la misma Ley establece que serán competentes los Juzgados y Tribunales españoles del orden civil «cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España». No puede negarse que a estos ámbitos responden las cuestiones que nos ocupan.

Así pues, la previsión garantista del legislador recogida en el artículo 125 LEF sólo se extinguirá cuando el propio legislador así lo establezca expresamente o cuando apruebe una nueva regulación que realmente esté en contradicción con tal pluralidad de cauces jurídicos, no por el mero hecho de haber introducido en la legislación procesal contencioso-administrativa un regulación más detallada y precisa de la impugnación de las vías de hecho que la que incluía la Ley anterior.

Porque, a su vez, no es cierto que ahora la LJCA incorpore un cauce procesal nuevo frente a las vías de hecho que antes no posibilitaba. Pues la STC 160/1991, de 18 de julio (RTC 1991, 160) ya había declarado contundentemente que esta jurisdicción era competente frente a las vías de hecho, como así lo venían entendiendo innumerables sentencias del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (105). Y, por otro lado, dicho orden podía acordar medidas cautelares positivas en los mismos supuestos, por aplicación supletoria de las medidas cautelares innomina-

(103) L. M. DÍEZ PICAZO, *La derogación de las leyes*, ob. cit., págs. 149 y ss.

(104) SSTS, Contencioso, de 23 de julio de 1984 (RJ 1984\4027), 5 de febrero de 1987 (RJ 1987\509) y 27 de mayo de 1987 (RJ 1987\3831), entre otras.

(105) Una referencia de las mismas la ofrecemos en nuestro libro citado *Expropiación forzosa y acciones civiles*, págs. 113 y ss.

das del 1428 de la LECiv 1881, a la que la LJCA de 1956 expresamente se remitía para una aplicación supletoria en general (Disposición Adicional Sexta) (106).

Y la seguridad jurídica exige que, de llevarse a cabo la unificación jurisdiccional del conocimiento de las demandas frente a las vías de hecho administrativas, se haga por una Ley con carácter expreso, que derogue los preceptos que las admiten en la jurisdicción civil, como finalmente lo han tenido que hacer la Ley 29/1998, la Ley Orgánica 6/1998 y la Ley 4/1999, con respecto a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

La declaración de falta de jurisdicción por los órganos jurisdiccionales civiles en los supuestos de expropiaciones por vía de hecho sería contraria, hoy por hoy, a normas con rango de Ley, a las que éstos están sometidos; generaría gastos procesales indebidos a los que han sido expropiados por vía de hecho (como mínimo un incremento de los gastos de Abogado y Procurador), y dilataría la tutela judicial efectiva que exige el artículo 24 CE.

Y, suponiendo que fuese una interpretación posible desde el punto de vista legal, que no lo es, sería no la más favorable a la plena realización de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, sino la más desfavorable a éstos, por ser la más restrictiva (al reducir las vías de protección jurídica utilizables) y por lo anteriormente señalado sobre gastos procesales innecesarios y retraso en la obtención de la tutela judicial, de tal modo que estaría contraviniendo la doctrina del Tribunal Constitucional de la interpretación de los derechos fundamentales del modo más favorable a su efectividad (SSTC 17/1985, de 9 de febrero, y 1/1989, de 16 de enero, entre otras).

Por eso, tras la nueva LJCA, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ siguen manteniendo que la acción específica en vía contencioso-administrativa contra la vía de hecho de la Ley 29/1998 «es alternativa de la vía civil, sin que ninguna excluya a la otra» (107).

Como también destacan la procedencia de acciones civiles ordinarias y especiales en supuestos de vía de hecho, junto con la contencioso-administrativa, L. TOLIVAR ALAS y V. ESCUIN PALOP (108).

Porque una cosa es que *lege ferenda* sea deseable llegar a la unificación jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo y otra que *lege data* pueda afirmarse, hoy por hoy, que la misma se ha producido ya, con la in-

(106) Aunque precisamente la jurisdicción contencioso-administrativa no era muy dada a admitir medidas cautelares en general ni en relación con las expropiaciones en particular. Así lo recoge C. CHINCHILLA MARÍN, en su libro *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1991, págs. 150-151.

(107) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 7.ª ed., Ed. Civitas, S.A., Madrid, 2000, págs. 270-272.

(108) L. TOLIVAR ALAS, *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, dirigidos por F. SOSA WAGNER, Aranzadi Editorial, 1999, pag. 519, con cita de la STS de 2 de noviembre de 1981 (RJ 1981, 4718). Y V. ESCUIN PALOP, *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1999, pág. 745.

seguridad jurídica que ello ya está ocasionando y los efectos perjudiciales que para el ciudadano la interpretación que excluye las acciones civiles ha comenzado a generar (109).

* * *

(109) Nosotros diferenciamos claramente en nuestro libro citado (*Expropiación Forzosa y acciones civiles*) los dos planteamientos.

Lege data no podemos afirmar que tal unificación se haya producido (epígrafe A del capítulo XIV, págs. 347 y ss., y argumentos arriba expuestos). Y *lege ferenda* sí que sería conveniente llegar a la unificación jurisdiccional en el orden contencioso (epígrafe C del capítulo XIV, págs. 385 y ss.), pero cuando este orden dé respuesta satisfactoria a los ciudadanos frente a las vías de hecho expropiatorias, ya que, hasta ahora, no la ha dado, al menos desde el prisma de la justicia cautelar.

Concretamente, decimos que «hasta tanto la praxis de la jurisdicción contencioso-administrativa no nos convenza de lo contrario, realizando una interpretación de la Ley 29/1998 en la línea de lo expuesto en nuestro capítulo dedicado al fallo de la Sentencia estimatoria y las correlativas medidas cautelares, tendremos que pronunciarnos como mal menor por el mantenimiento de la dualidad jurisdiccional existente y la unificación, no por vía normativa, sino por el desuso de la jurisdicción civil en este ámbito, cuando los ciudadanos comprueben que la jurisdicción administrativa da una respuesta eficaz en la práctica a esos atentados al Estado de Derecho que constituyen las vías de hecho expropiatorias».

«Una unificación impuesta por vía legislativa sin una praxis jurisprudencial decididamente dirigida a cercenar las vías de hecho expropiatorias, con la concesión de las medidas cautelares y los fallos estimatorios oportunos, puede conducir en la práctica a un descenso de garantías para el ciudadano».

«Considérese como ejemplo la interpretación tan restringida que los Tribunales contencioso-administrativos vienen manteniendo sobre la procedencia de la suspensión como medida cautelar; en patente regresión respecto de la esperanzadora doctrina favorecedora de la misma encabezada por el Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990.»

«En suma, la unificación en la jurisdicción contencioso-administrativa podrá producirse *de facto* (por desuso de la jurisdicción civil en estos ámbitos), cuando con la avanzada normativa que incorpora la LJCA 29/1998, dicha jurisdicción llegue por vía interpretativa a los resultados [...]» que esperamos.

Y, desde luego, si la unificación tuviera que imponerse, debería ser obra directa del Legislador, con carácter expreso, como se ha hecho finalmente en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración y no por vía judicial, en garantía del principio de seguridad jurídica —como decimos arriba, en el texto principal—.

La declaración de falta de jurisdicción por los órganos jurisdiccionales civiles en los supuestos de expropiaciones por vía de hecho sería contraria, hoy por hoy, a normas con rango de Ley, a las que éstos están sometidos; generaría gastos procesales indebidos a los que han sido expoliados por vía de hecho (como mínimo un incremento de los gastos de Abogado y Procurador) y dilataría la tutela judicial efectiva que exige el artículo 24 CE.

Y, suponiendo que fuese una interpretación posible desde el punto de vista legal, que no lo es, sería no la más favorable a la plena realización de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, sino la más desfavorable a éstos, por ser la más restrictiva (al reducir las vías de protección jurídica utilizables) y por lo anteriormente señalado sobre gastos procesales innecesarios y retraso en la obtención de la tutela judicial, de tal modo que estaría contraviendo la doctrina del Tribunal Constitucional de la interpretación de los derechos fundamentales del modo más favorable a su efectividad (SSTC 17/1985, de 9 de febrero, y 1/1989, de 16 de enero, entre otras).

Por eso no nos parece ni justa ni acertada la crítica que nos hace S. GONZÁLEZ-VARAS, con referencia a nuestro libro citado, en el núm. 282 de la «REALA» (págs. 302-303), en la que afirma que nos contradecimos, quizá porque no entiende la diferencia que hacemos —nitidamente a nuestro parecer— entre la explicación *lege data* y la visión *lege ferenda*.

En suma, la nueva regulación del procedimiento especial y sumario para obtener la suspensión de una obra nueva regulado en el artículo 250.1.5 y concordantes de la LECiv 2000 ha incluido apartados que permiten superar la mayor parte de los reparos que se han venido oponiendo con respecto de su admisión frente a obras públicas por los sectores de la doctrina científica y la jurisprudencia arriba señalados. Pero, además, los argumentos esgrimidos en contra de la procedencia del interdicto de obra nueva frente a Administraciones públicas anteriores a su nueva regulación son todos superables, como hemos intentado demostrar.

V. COMPATIBILIDAD DEL INTERDICTO DE OBRA NUEVA CON LAS MEDIDAS CAUTELARES INDETERMINADAS DE LA JURISDICCIÓN CIVIL

El interdicto de obra nueva frente a vías de hecho expropiatorias no sólo es alternativo de las medidas cautelares de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino también de las medidas cautelares indeterminadas de la jurisdicción civil.

Recordemos que el artículo 1428 de la LECiv 1881 (tras la reforma realizada por la Ley 34/1984) prevé que «cuando se presente en juicio un principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas, el Juez podrá adoptar, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste, las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere».

Y hay que subrayar en este punto que la LECiv 2000 ha introducido, en sus artículos 721 y ss., una nueva regulación muy detallada y completa de medidas cautelares.

Aunque enumera una serie de medidas cautelares específicas (art. 727), precisa que dicho listado no tiene carácter exhaustivo y que pueden acordarse también «aquellas otras que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio» (art. 727.11.º). Y, dentro de las específicas, incluye «la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad» y la de «abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta» (art. 727.7.º).

Regula cumplidamente los requisitos de «peligro por la mora procesal» (*periculum morae*), la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y la exigencia de aportación de caución por parte del demandante (art. 728).

Y contempla la posibilidad de que dichas medidas cautelares se soliciten tanto junto a la demanda principal como antes de la demanda, si se acreditan, en este último caso, razones de urgencia o de necesidad (art. 730.2).

La doctrina científica del Derecho Procesal subraya que no debe confundirse la justicia cautelar con la justicia provisional o sumaria, dado que, en esta última, existe abierta la vía de un proceso plenario posterior y, a diferencia de aquélla, no tiene carácter instrumental dentro de un proceso de declaración o ejecución. Y añade que razones de política legislativa determinan la opción entre procesos sumarios y medidas cautelares, si bien es posible utilizar ambas técnicas (110).

La justicia cautelar está determinada por las denominadas medidas cautelares nominadas, determinadas, tipificadas o específicas, y por las denominadas medidas cautelares innominadas, indeterminadas o genéricas, mientras que a la justicia provisional o sumaria pertenecen los denominados interdictos, dentro de los cuales se inscribe el que estamos analizando.

Precisamente sobre la base de la distinción señalada, V. GIMENO SENDRA niega la naturaleza cautelar del interdicto de obra nueva, al subrayar que, entre otras cosas, falta la instrumentalidad con respecto a otro proceso principal; sin perjuicio de destacar, no obstante, su finalidad preventiva o aseguradora, «por cuanto, mediante el ejercicio de la acción, se pretenden evitar los mayores perjuicios que se producirían de consolidarse definitivamente una determinada construcción» (111).

Y M. ORTELLS RAMOS, por su parte, resalta que la dualidad proceso sumario (al que pertenece el interdicto de obra nueva) y medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428 de la LECiv. 1881 no constituye un problema de concurrencia entre medidas cautelares determinadas e indeterminadas que plantee la cuestión de la aplicación de la regla especial (la medida cautelar determinada) sobre la regla general (las medidas cautelares indeterminadas), porque el actor debe poder optar entre acudir al proceso sumario (el interdictal) o alcanzar la cosa juzgada, instando de entrada un proceso plenario, pero con solicitud de medidas cautelares (112).

Por lo tanto, parece clara la alternatividad y posibilidad de opción entre el interdicto de obra nueva y las medidas cautelares indeterminadas o genéricas de la legislación civil. Todo depende de si el actor quiere obtener una resolución judicial que produzca el efecto de cosa juzgada, pero con la adopción de medidas aseguradoras de la efectividad de la sentencia estimatoria que se pretende conseguir (solicitud de medidas cautelares en un proceso plenario) o una resolución judicial que no posea el efecto de cosa juzgada, en un proceso sumario, que ordinariamente se va a desarrollar más rápidamente (interdicto de obra nueva).

(110) S. BARONA VILAR, en *El nuevo proceso civil. Ley 1/2000*, J. MONTERO AROCA y otros, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 740-741.

(111) V. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, vol. II, escrito en colaboración con otros autores, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 109.

(112) M. ORTELLS RAMOS, *Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Revista «La Ley», año 1989, pág. 967.

Un reflejo jurisprudencial de la posibilidad de instar medidas cautelares indeterminadas ante la jurisdicción civil como alternativa al interdicto de obra nueva en supuestos de vía de hecho expropiatoria lo encontramos en la SAP de Lleida, Sección 2.ª, de 15 de diciembre de 1997 (AC 1997\2546), a la que ya hemos aludido atrás (113).

(113) Aunque —como vimos— tal Sentencia menciona dicha posibilidad, después de negar la procedencia tanto del interdicto de obra nueva como de los interdictos de retener y recobrar.

