

# A VUELTAS CON LA SUSPENSION DE LA EJECUCION DE ACTOS ADMINISTRATIVOS RECURRIDOS: ULTIMAS APORTACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES

*SUMARIO: I. Algunas resoluciones judiciales más recientes y comentarios que les dedica García de Enterría, defensor del principio *fumus boni iuris* como fundamento de la suspensión cautelar en base al artículo 24.1 de la Constitución.—II. La compensación de este principio con el clásico de la irreparabilidad de los daños derivados de la ejecución previa.—III. Conveniencia de hacer una síntesis de lo mejor de estos dos principios rectores y recogerla en la legislación ordinaria sin confiar en la aplicación directa de la Constitución pese al cambio de mentalidad operado en los Tribunales de Justicia.—IV. El Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1991 denegatorio de una medida cautelar en base a la doctrina clásica no puede entenderse como un cambio de ruta: no se hace cuestión de los nuevos aires, que tampoco discute; los silencia simplemente.—V. Comparación de este Auto con otras resoluciones más «liberales» (entre ellas la dictada al día siguiente, 10 de julio de 1991) en la línea del «perfume de buen derecho». La obviedad del mal olor, del aparente mal derecho en el supuesto que contempla el Auto de 9 de julio.—VI. El camino por andar y el halagüeño futuro de las medidas cautelares como añadidos a las demás instituciones garantes de derechos constitucionales. Nuestros buenos deseos y nuestra ayuda y empeño en esta nueva lucha por la justicia y contra la inmunidad del poder público.*

## I

El Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, en su consagrada línea de brillantez, ha publicado en la «Revista Española de Derecho Administrativo» dos magistrales trabajos sobre el tema de las medidas cautelares, que tantas páginas ha proporcionado a la bibliografía jurídico-administrativa. El primero de ellos aparecía en el núm. 69 bajo el título *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del «fumus boni iuris» (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general*. El segundo, publicado en el número siguiente, el 70, se titula *La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la «apariencia de buen derecho» para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad*. En este último caso, el trabajo tiene como disculpa otro Auto de la misma Sala, la 3ª del Tribunal Supremo, de fecha 17 de enero de 1991, que confirma, ratifica y aun avanza resueltamente la doctrina del anterior. Del primero fue ponente Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, y del segundo Francisco Javier DELGADO BARRIO.

En definitiva, se venía a sostener en estos dos estudios la tesis, audaz sin duda, pero con sólidas adherencias constitucionales también, de que hay que cambiar la fundamentación de las suspensiones cautelares de la ejecución de las disposiciones y actos administrativos objeto de impugnación. Dicho de otro modo, que si hasta ahora la suspensión constituía una excepción soportada en la producción de daños extremos, en adelante hay que justificarla en el «humo de buen derecho», y así, cuando el olfato nos lleve a suponer que el recurrente va a ganar el pleito, habrá que darle una especie de anticipo a cuenta del saldo final que la Sentencia venga a liquidar definitivamente, al margen de los daños que la ejecución produzca y de su intensidad o naturaleza. No será por estas circunstancias sino por la apariencia de buen derecho por lo que se deba acordar o denegar la suspensión.

Cualquier otra glosa de los trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA vendría a empañar la claridad con que los ha escrito, por lo que desisto de hacerlo y remito al lector, sin más, a la propia fuente (1).

(1) El mismo GARCÍA DE ENTERRÍA resume en el segundo de los artículos la nueva doctrina que él preconizaba en el primero con base en los pronunciamientos judiciales del Auto de 20 de diciembre de 1990. Su síntesis es la siguiente:

«— La proclamación de la existencia de un verdadero derecho fundamental implantado en el artículo 24 de la Constitución a la tutela cautelar de los derechos, como vía imprescindible para que el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por dicho precepto no se frustre.

— La articulación de dicho derecho fundamental alrededor del principio *fumus boni iuris*, o “apariencia de buen derecho”: la protección cautelar debe otorgarse a quien exhiba en sus pretensiones de fondo una “apariencia de buen derecho” frente a la posición de la otra parte, que, en contraposición con esa apariencia, tiende a ser vista como abusiva del instrumento del proceso; este abuso es especialmente valorado, dada la estructura del contencioso-administrativo, en la Administración, como abuso de la autotutela.

— El fundamento de esa nueva concepción en el principio general del Derecho de que “la necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar a quien tiene la razón”, principio de origen doctrinal pero que ha pasado en poco tiempo a proclamarse por casi todas las jurisprudencias constitucionales europeas y por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y ya recogido (aunque en otras aplicaciones, demostrando así la fertilidad del principio) con anterioridad al Auto de 20 de diciembre de 1990 por el propio Tribunal Supremo, Sala 3.ª (Sentencias de 27 de febrero, 20 de marzo y 4 de diciembre de 1990).

— El desplazamiento de la motivación del otorgamiento o denegación de las medidas cautelares desde el dato de la reparabilidad o irreparabilidad de los perjuicios que la medida cautelar trata de evitar al criterio de evitar la frustración de la efectividad de la Sentencia final, siempre que concurra la “apariencia de buen derecho”; este concepto pasa a ser así el concepto central de la institución cautelar.

— La admisión general, como consecuencia de ese nuevo planteamiento, de las medidas cautelares “que sean necesarias para asegurar la plena efectividad del acto terminal” o Sentencia, sin limitarse obligadamente a la mera suspensión del acto recurrido, y ello tanto al amparo de la cláusula general del artículo 24 de la Constitución, donde el derecho a la tutela cautelar tiene su origen, y que se sobrepone por su rango y por haberla derogado en cuanto se oponga a él sobre la

No son éstos, sin embargo, los únicos trabajos del Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA sobre el tema. Hay bastantes más. De los principales hago una mención rápida:

En el número 71 de la REDA publicaba el denominado *Medidas cautelares positivas y disociadas en el tiempo: el Auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*.

La singularidad de este trabajo está en poner de relieve cómo por primera vez en la historia de la justicia administrativa española se acuerdan por un Tribunal medidas cautelares *positivas* (obligando a hacer algo y no simplemente obligando a dejar de hacerlo), circunstancia que al comentarista le merece el calificativo de «hito histórico como técnica de hacer justicia efectiva en el contencioso-administrativo de nuestro país».

Por otro lado, en esta REVISTA ha publicado GARCÍA DE ENTERRÍA dos trabajos sobre la problemática del afianzamiento cautelar por medio de la suspensión de la ejecución en vía contencioso-administrativa. Uno de ellos apareció en el n.º 125. Se trata de un comentario del Auto de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1991 (ponente RUIZ-JARABO FERRÁN), bajo el rótulo de *La aplicación de la «apariencia de buen derecho» como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra Reglamentos*.

La especial significación de esta resolución judicial estriba en ser la primera aplicación al recurso directo contra Reglamentos del nuevo criterio preconizado por GARCÍA DE ENTERRÍA. Se marca así otro hito en la historia de nuestro contencioso-administrativo, que mide la distancia a que nos hallamos de los tiempos en que los Reglamentos eran irrecurribles por vía directa en base al carácter de actos políticos o de Gobierno que les atribuía la jurisprudencia anterior a 1957 surgida al amparo de la Ley Santamaría. Incluso se puede mirar también ya como arcaica la habilitación de un recurso directo contra Reglamentos que inauguró la Ley de 1956 (por lo demás, lleno de estrecheces y rigores), si finalmente nos paramos en este Auto de 10 de julio de 1991 que acuerda una medida cautelar contra el mismísimo Consejo de Ministros suspendiendo los efectos normativos del Decreto impugnado hasta que recaiga fallo sobre el fondo. Todo un récord.

El otro trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA publicado en esta REVISTA apareció en el n.º 126 a propósito del Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de octubre de 1991. Su título: *«Nuevas medidas cautelares "positivas": la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de conti-*

regulación preconstitucional de la Ley de la Jurisdicción, como por virtud del texto reformado en 1984 del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable subsidiariamente en el proceso contencioso-administrativo según la disposición adicional sexta de la Ley Jurisdiccional, que rellena la laguna creada por el choque entre el artículo 24 de la Constitución y el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.»

*nuar un procedimiento, eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho».*

En él se destaca (además del resumen de «la más reciente doctrina jurisprudencial» sobre la materia que hace la Sala) la consolidación de la doctrina de este Tribunal regional sobre la imposición de medidas cautelares positivas (como *numerus apertus* o de libre configuración), que obligan a la Administración recurrida a dictar nuevos actos sobre pautas que la propia Sala indica, con el beneficioso efecto de actuar de medidas disuasorias que, en más de una ocasión, liquidarán el litigio antes de lo que su curso natural hubiera permitido.

La indudable importancia y unidad temática de todos estos trabajos han llevado al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA a publicar un libro que, bajo el título *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, acaba de ver la luz en los albores de 1992 bajo los auspicios de la Editorial Cívitas. En 316 páginas se recogen todos los trabajos citados aquí y otros varios que, dominados por la misma preocupación, tenía escritos su autor.

Nadie puede dudar de la belleza de las tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA, ni de la honestidad científica que le guía intentando introducir nuevas técnicas de progreso en el desenvolvimiento de las relaciones ciudadano-poderes públicos. Pero tampoco nadie puede dejar de interrogarse ante la trascendente novedad que supone alterar el hábito de nuestros tribunales en este campo. Más aún si no se sustituye el marco legal ordinario de su trabajo, el mismo que viene rigiendo nuestro sistema de suspensiones preventivas durante las litispendencias desde la década de los cincuenta, cuando aparecen las leyes básicas de nuestro ordenamiento jurídico-administrativo y contencioso-administrativo (2).

---

(2) GONZÁLEZ PÉREZ, al hablar de la suspensión de la ejecución del acto o disposición y proclamar el principio de su ejecutividad como una de sus características esenciales, dice en la pág. 539 de su *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, 2.ª ed., Ed. Cívitas, 1992:

«Respecto de los actos administrativos, así lo establece el artículo 33, LRJ, y los artículos 45 y 101, LPA (aparte de en otras leyes, como el artículo 222, LS). Respecto de las disposiciones generales, como normas jurídicas, su fuerza de obligar es consustancial a su naturaleza (art. 6, Cc; art. 132, LPA). En la Administración local, se reitera el principio en la LBRL (art. 51) y ROF (art. 208). Y asimismo se establece en los Estatutos de algunas Comunidades autónomas y en las Leyes de Gobierno y Administración. "La potestad de ejecución inmediata de los actos administrativos —dice la S. de 5 marzo 1987. Ar. 3501— encuentra su justificación en la necesidad de evitar que la celeridad que, con carácter normal, debe presidir la actividad administrativa —art. 129, LPA, y art. 103 de la Constitución— no pueda verse entorpecida por un formalista uso de las vías procesales." Y el A. de 15 abril 1988 (Ar. 2673) resume así el principio:

"No sólo por la presunción de legalidad del acto administrativo, sino también y sobre todo para dotar de continuidad, regularidad y eficacia a la actuación administrativa, se ha establecido el principio de la ejecutividad del acto administrativo —arts. 45.1 y 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo— que, en último

Bien es cierto que ahora ya se cuenta con la Constitución y, muy particularmente, con su artículo 24, en el que finalmente ve GARCÍA DE ENTERRÍA el sostén de las nuevas tesis jurisprudenciales (coincidentes con la suya propia): la indefensión se da también cuando a quien tiene la razón se le impone la carga de pedirla y se le hace soportar el coste de una larga espera para que se le reconozca, y quizá otra todavía más desproporcionada para que se le haga efectiva. Así lo entendió ya hace cinco años nuestro Tribunal Constitucional que, en su Sentencia núm. 115, de 7 de julio de 1987, admite la posibilidad teórica de la indefensión por denegación de una medida cautelar como ésta, aunque reconociendo que ése no es el contenido último del precepto. Tanto como decir que resulta legítima la denegación de la suspensión cuando no se afecte con ello al derecho de tutela judicial efectiva, que está pensando directamente en un proceso pleno de garantías judiciales, y no en una medida cautelar previa. Lo que no obsta a que a veces se imponga su concesión para evitar la burla del derecho que pueda declarar la sentencia, originando de hecho una indefensión. Sobre todo si la posición del contrario resultara caprichosa y estratégicamente oportunista, desnaturalizando el sentido último de un litigio que es un modo de dirimir legítimas dudas legales y no un instrumento para hacer buenos negocios a costa del contrario o mantener abusivas imposiciones sobre el mismo (3).

---

término, determinan el carácter no suspensivo de los recursos —arts. 116 de dicha Ley y 122 de la Ley Jurisdiccional—. Sin embargo, esta regla general, que la última evolución legislativa va atenuando, encuentra excepción cuando la ejecución hubiera de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil".»

(3) No es tan explícita la última Sentencia del Tribunal Constitucional que conozco sobre esta materia. Me refiero a la número 237/1991, de 12 de diciembre (suplemento del BOE de 15 de enero de 1992) por la que se resuelve el recurso de amparo 1449/1988 interpuesto frente a un Auto del Tribunal Supremo dictado en apelación dimanante de pieza separada de suspensión en proceso contencioso-administrativo seguido ante la Audiencia Territorial de Barcelona. No es en esta ocasión tan clara la doctrina sobre la posibilidad de ver vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por la denegación de medidas cautelares en un procedimiento pendiente de resolución de fondo. Desde luego en la Sentencia de ahora se acuerda no haber lugar al amparo y se desestima el recurso en base a unos fundamentos jurídicos que transcribo sin comentarios, aunque aportando sólo los que me parecen más importantes y subrayándolos según mi propio criterio:

«1. La queja que el recurrente formula a través del presente recurso de amparo se fundamenta en una doble lesión constitucional, a saber, del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución...

2. Del análisis de las actuaciones, por tanto, resulta que, efectivamente, la resolución impugnada procede de una apreciación errónea por parte de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. *No obstante, el objeto y naturaleza del recurso de amparo deben conducir a denegar el que ahora se solicita.* Como este Tribunal ha señalado repetidamente, el derecho a la tutela judicial efectiva no consiste en que se dé satisfacción a las pretensiones de fondo de los justiciables, sino en que Jueces y Tribunales permitan, a quien pretende hacer valer sus derechos e intereses, acceder a la jurisdicción, ser oído, proponer y practicar

## II

Nuestra posición es plenamente coincidente con la de GARCÍA DE ENTERRÍA, siempre que se matice un eclecticismo indispensable sustentado en una doble estructura: de un lado, la apariencia de buen derecho, y de otro, lo decimos sinceramente, la existencia previsible de graves

prueba y obtener una resolución fundada en Derecho, y que verse sobre las pretensiones planteadas en juicio. Por ello, no toda irregularidad o vulneración de las normas procesales constituye una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto las garantías básicas que integran el derecho y que permiten la defensa de los intereses en juego en el procedimiento no se vean afectadas. Ello supone que, en el caso de que se alegue la vulneración del mencionado derecho, *sólo cabría estimar el correspondiente recurso de amparo si se ha producido un acto u omisión judicial que venga a negar decisivamente la protección procesal de los derechos e intereses legítimos cuya tutela se pretende ante los Tribunales.*

*En el presente caso se hace radicar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en la denegación de la adopción de una medida cautelar, esto es, la suspensión de la ejecución de resoluciones administrativas, consistentes en liquidaciones en concepto de impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos. Tales resoluciones son objeto de un procedimiento contencioso, del que el incidente de suspensión constituye pieza separada: y será, por tanto, la sentencia que recaiga en el proceso principal la que decida sobre las pretensiones del recurrente en cuanto a la procedencia o improcedencia de las liquidaciones en cuestión.*

*Esta consideración impide que pueda estimarse la pretensión del recurrente, por basarse en una alegada vulneración, no producida, del derecho a la tutela judicial. Los derechos e intereses respecto de los cuales se solicitó la tutela judicial (que la Constitución garantiza en su art. 24.1) estaban, en el momento de interponerse el presente recurso, aún pendientes de resolución por parte de la jurisdicción ordinaria, que no se había pronunciado sobre el fondo de la cuestión ante ella suscitada (la procedencia de las liquidaciones arriba mencionadas). Será esa resolución la que deba traducir a la práctica la tutela judicial, que no podrá, por tanto, entenderse denegada en virtud de defectos o errores cometidos en fases intermedias, o incidentes cautelares del procedimiento, si éstos no prejuzgan o hacen imposible la efectividad de la tutela judicial: y ello independientemente de las irregularidades procesales que hayan podido producirse en el transcurso del procedimiento, siempre que no representen por sí mismas la lesión de otro derecho fundamental sustantivo, y si no suponen que ese procedimiento no pueda ya alcanzar sus fines, es decir, si no implican la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende, o si no prejuzgan irreparablemente la decisión final del proceso. Y, en el presente caso, no se alega que se haya dado ninguno de estos supuestos, por lo que ha de concluirse que la tutela judicial de los intereses del recurrente se producirá mediante la resolución judicial que concluye el proceso principal.*

*No cabe considerar, por lo dicho, que el derecho a la tutela judicial efectiva se haya visto vulnerado, por cuanto no se impide un pronunciamiento final sobre el fondo del asunto en el que o bien se deniegue la pretensión principal del recurrente, o bien se estime, reparando los daños que las liquidaciones impugnadas le hayan supuesto.*

3. ...»

daños. Sin la concurrencia de éstos no hay razón para que se hagan antejuicios: se corre el riesgo de producir trastornos en el interés público y se puede crear cualquier sombra de mediatización de las decisiones finales. La solución de equilibrio está en la armonización de los dos criterios: el del daño real irreparable y el del aparente buen derecho. Pero con mantenimiento del privilegio ejecutivo de la Administración cuando el balance de estos dos parámetros sea neutro y la decisión definitiva, por tanto, pueda esperar. No tiene sentido suspender cautelarmente una ejecución que no vaya a causar daños de difícil restitución, y tampoco tiene justificación hacerlo cuando no se intuye un resultado favorable al administrado. Sólo cuando estas dos circunstancias se inclinen del lado del recurrente debe suspenderse. Nunca debe hacerse cuando las dos sean favorables a la Administración. Y tampoco debe acordarse la suspensión cuando sólo una de ellas sea favorable al particular demandante. Ésa sería para mí la forma correcta de entender el asunto, perfectamente trasladable a cualquier otra técnica o campo judiciales, y muy concretamente a los litigios entre particulares en los que las reglas de ejecución a favor de uno u otro de los litigantes podrían ampararse también en esta doble fundamentación, abandonando ya las presunciones o rigideces que operen automáticamente. ¿Por qué siempre que se intenta un desahucio, por ejemplo, hay que amparar preventivamente a un litigante, que puede ser el más abusón? Me atrevo incluso a proponer esta solución para resolver los conflictos que sobre ejecutividad puedan plantearse con motivo de las sucesivas instancias dentro de cualquier ámbito jurisdiccional. ¿Por qué siempre que se apela, por ejemplo, hay que inclinar la ejecución provisional precisamente a favor de una de las partes, que puede ser la de peor aspecto procesal?

### III

Para posibilitar el logro de lo proclamado en el apartado anterior sería conveniente modificar la legislación ordinaria y recoger en sus preceptos esta dualidad de principios inspiradores de la institución. Pedir a la judicatura que por vía de interpretación sistemática del ordenamiento vigente y adaptación de sus normas al tiempo actual haga estremecer los fundamentos mismos de la concepción (y regulación legal) de la ejecutividad de las potestades administrativas, es tarea posible pero no fácil que, a base de lima, no digo yo que no se concluya, pero que exige su tiempo. Incluso contando con la obviedad de que la Constitución representa realmente un nuevo elemento de integración en la aplicación del derecho, porque tampoco siempre ni por todos ha sido comprendido este efecto en su justa medida. Será más fácil todo, repito, si, con reflejo práctico en la ley ordinaria, el parámetro absoluto del *daño* no se sustituye por el parámetro, absoluto también, del *buen perfume*, sino que se hace una *simbiosis de ambos*. La solución sincrética resultante parece la más aconsejable, y, salvo que se reforme en otro sentido la

ley ordinaria, la única posible en el estado actual de la cuestión y en la situación de nuestra magistratura. Situación que desde luego ha evolucionado, eso es evidente, y mucho. No es ningún descubrimiento decir que últimamente se prodigan las medidas cautelares de suspensión, que en algunos temas van cobrando carta de naturaleza, y que no estamos en aquellos tiempos preconstitucionales en que se solicitaban como una cortesía hacia el cliente, en un otrosí adornado de la más rigurosa difidencia, hasta el punto de que resultaba chocante (y se celebraba con regocijo y se comentaba con extrañeza entre los compañeros) cualquier resolución que tímidamente intentase abrir boquetes en el privilegio de la ejecutividad fundamentado en el principio, también privilegio, de la presunción de legalidad del actuar administrativo.

Ahora no son esos tiempos. Vengo observando que los acuerdos de suspensión preventiva han pasado a ser práctica común en algunas parcelas de la actividad administrativa (así, por ejemplo, en la materia disciplinaria), y lo mismo que antes había que lamentar la cerrazón a cal y canto, ahora habrá que mostrar cautelas ante su uso extensivo. La nueva moda de suspender la ejecución de ciertas categorías de resoluciones como norma, a veces de forma rutinaria y tópica, está creando serios problemas a una Administración Pública cada vez menos autorizada, controlada por doquier a través de los más variados órganos, comités e instituciones, atacada por mil y un frentes y desarmada más veces de lo deseable ante sus súbditos (¡vaya palabra para 1992!), especialmente ante sus propios efectivos. Es normal que empiece a brotar el desaliento entre todos los que intervienen en un proceso de investigación, persecución y corrección de faltas disciplinarias. Al elevadísimo número de fallos absolutorios por imperio de los nuevos principios constitucionales y nuevos modos democráticos (que nadie discute, Dios me libre), se une la común manera de resolver las ya sistemáticas peticiones de suspensión, acordándolas. De esta forma, las personas más díscolas y perniciosas, ante sanciones de separación, suspensión o traslado, se ven mantenidas casi siempre en sus funciones y se hacen fuertes en sus destinos mientras se sustancian los larguísimos recursos contencioso-administrativos, que en tanto penden enseñorean al expedientado, desmoralizan a los protagonistas del duro trabajo de perseguirlos, soliviantan a los compañeros y desautorizan a los jefes. Con la consecuencia, no infrecuente, de que pasan este período en su casa, donde menos molestan y en donde se les sitúan los haberes hasta tanto llega, Dios sabe cuándo, la resolución final, que en el mejor de los casos, es decir, si desestima el recurso, apartará una temporada al elemento perturbador. Suele suceder, por desgracia, que tras la incorporación repite su vida administrativa en ondas concéntricas, beneficiándose de una posición de manifiesto abuso frente a la otra parte, la Administración, que, legalmente, es titular de privilegios con plena justificación y en defensa de los intereses públicos, merecedores, cuando menos, digo yo, de igual protección que los individuales o los de clase.



## IV

Todo lo que he dicho hasta ahora se me viene a ocurrir como consecuencia de la lectura de una nueva resolución de la Sala 3ª, la misma que dictó tres de las comentadas por el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA. Esta decisión, de distinto ponente, no sigue ni la práctica más común de antes de la Constitución (desestimación por formulario estereotipado) ni las propuestas del maestro GARCÍA DE ENTERRÍA (de las que no se hace eco expreso y, por consiguiente, tampoco rebate ni discute). Me refiero al Auto de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1991 (ponente Don Francisco José HERNANDO SANTIAGO), por el que se confirma la decisión del tribunal de instancia que negaba al recurrente el beneficio de la suspensión preventiva de la ejecución.

En concreto se postulaba la suspensión cautelar de una resolución de la Dirección de la Seguridad del Estado, de 11 de enero de 1989, que no reconocía al actor la condición de refugiado. En apoyo de la medida precautoria el demandante alegaba como males irreparables el retorno a un país del que hubo de huir por divergencias políticas y su entrega presumible a las autoridades policiales como persona de la oposición no legalizada. Convendremos todos en que tales daños, de ser ciertos, son los más irreparables que cabe imaginar. Otra cosa es que sea real su existencia por causa de la ejecución anticipada.

La Sala en esta ocasión empieza recordando como doctrina de carácter general que, en efecto, una jurisprudencia reiterada y constante (Autos de 19 de septiembre y 29 de diciembre de 1990, y 26 de marzo de 1991, entre otros) viene entendiendo como posible conceder a instancia del actor la suspensión de los actos y disposiciones administrativos recurridos (art. 121.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa). Pero también precisa cómo esta medida cautelar sólo procede cuando la ejecución vaya a producir daños irreparables o de muy difícil restitución, circunstancia que, *conforme al artículo 1214 del Código Civil, debe acreditar el solicitante*. En otras palabras, el Auto comentado viene a mantener la más tradicional doctrina sobre esta institución exigiendo como premisa la invocación y *prueba* de que la aplicación de los actos impugnados ocasionaría unos perjuicios sólo evitables por la suspensión preventiva de su ejecución, entendida como una excepción al principio general de su ejecutividad (art. 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo). Se reitera así el rancio concepto de la suspensión preventiva como excepción y no como norma, ni siquiera norma sometida a la presunción *iuris tantum*. Lo normal, viene a decir la Sala, es la ejecución inmediata y la inexistencia de daños que primen sobre el interés público o que no puedan ser restituidos después por procedimientos indemnizatorios directos o sustitutorios. De existir aquéllos no basta con invocarlos, hay que probarlos.

Trasladando la doctrina general al caso concreto, la Sala no se hace eco de la petición, entendiendo que de la ejecución no se iban a derivar

los efectos puestos de relieve por el actor (o sea, rechazando sus argumentos probatorios). De un lado, porque ni la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, ni el Reglamento para su aplicación aprobado por Real Decreto 511/85, de 20 de febrero, prevén una medida de expulsión en los términos expresados por el recurrente; y, de otro, porque la resolución recurrida no supone la salida automática de España (ni, por ende, la entrega a las autoridades del país del recurrente), hasta el punto de que ella misma le concede la posibilidad de legalizar su situación en nuestro país en el plazo máximo de tres meses, con arreglo a las normas generales de extranjería: si no conforme a la condición de refugiado, que le es negada por el Ministerio del Interior, sí con arreglo a las disposiciones de carácter general sobre estancia de los extranjeros en España.

De esta línea argumental deduce la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo que, en esta ocasión, la ejecución inmediata no produce *per se* los daños y perjuicios que el recurrente aduce; dicho de otro modo, que no ha probado, como era necesario, la imposibilidad de evitar la situación a la que atribuye estos temidos daños de imposible reparación por él invocados, puesto que en tanto se fallaba el fondo no tenía por qué retornar a su país, contando con una solución alternativa, legalmente contemplada y gubernativamente ofrecida, a la que se podría acoger si fueran ciertas las circunstancias que él alegaba.

Es natural que después de estos razonamientos el fallo sea denegatorio de la medida cautelar, porque no se acreditan los requisitos exigidos por el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional que, por ser una excepción a la regla general de la ejecutividad de los actos administrativos, *debe ser interpretado restrictivamente*.

## V

La comparación de este Auto reciente con las soluciones más «liberales» de otros y con las tesis más avanzadas de GARCÍA DE ENTERRÍA, no permite en absoluto encontrar contradicciones que nos alarmen del riesgo de una vuelta al pasado, y no significa ni puede entenderse como paso atrás alguno. Ni este Auto rompe con la apertura de los últimos años en esta institución, ni vuelve a la coraza de hierro de la etapa preconstitucional, ni frena o contraría ninguna inercia que pudiera detener o torcer el movimiento progresista alentado por GARCÍA DE ENTERRÍA (con base en, al menos, tres resoluciones judiciales de igual rango, una de ellas de otro catedrático de Derecho Administrativo, el profesor GONZÁLEZ NAVARRO, en su función esta vez de Magistrado del Tribunal Supremo).

Aunque no se diga, la denegación de la suspensión en el caso que comentamos se produce también con toda seguridad porque hay ausencia de un *fumus boni iuris*. En ningún caso se desprecia ese principio,

que ni siquiera se cuestiona. Aunque tampoco se invoca, todo hay que decirlo.

El caso del Auto que comento es un ejemplo prototípico de decisión denegatoria frente al simple oportunismo; estamos en el paradigma de una situación jurídica que no merece protección previa alguna por vía cautelar. Además de no probarse la inevitabilidad de los daños invocados, el tufo del pleito lo es a podrido. Baste con traer aquí las circunstancias que rodeaban la resolución, de las que se desprende una vaharada fétida inductora de una decisión denegatoria a la súplica de suspensión:

a) No constar la pertenencia del recurrente a ninguna organización política, religiosa o social de oposición al régimen que ostenta el poder en su país.

b) Haber demostrado una clara conducta antisocial durante su permanencia en España, habiendo llegado a estar a disposición judicial por tráfico de estupefacientes.

c) No haber aportado ningún documento de identidad que acredite su personalidad durante la sustanciación del procedimiento administrativo.

d) No haber presentado la petición de refugio inmediatamente después de su entrada ilegal en España, incumpliendo la normativa que regula los plazos para hacerlo.

## VI

Con este Auto uno viene a comprobar, creo yo, que las cosas están donde posiblemente deban estar: la norma es la norma y las excepciones son las excepciones. La norma es la ejecutividad; la causa de la excepción es el daño irreparable; el modo para obtenerla es la prueba de la naturaleza y dificultad de restitución de ese perjuicio. Y, eso sí, la situación debe interpretarse y resolverse indiscutiblemente sobre la base de una primera apariencia bondadosa de la acción ejercitada. Pero todo debe andarse poco a poco. Lo mismo que sucede en otros frentes del Derecho Administrativo, también en éste se camina despacio. La evolución jurídica se produce por un fenómeno de agregación de fuerzas y no es bueno forzar su marcha ni dislocarla. Los juristas no debemos esperar mutaciones fulgurantes, ni es razonable que ello suceda. Las transformaciones jurídicas suelen ir ligadas a escuelas, a generaciones, a estilos. Incluso cuando los poderes públicos emergen súbitamente por revoluciones violentas, la sociedad se resiste a los traumatismos legales y judiciales. Nada debe hacernos desesperar de que el camino también aquí se haga mejor andando que corriendo. A GARCÍA DE ENTERRÍA le cabe el honor (¡cuántos honores científicos tiene ya GARCÍA DE ENTERRÍA!) de poner en marcha ideas luminosas que van cogiendo revoluciones y casi siempre, antes o después, alcanzan buenas metas. Las iniciales aristas (resistencias) terminan por limarse y las contradicciones logran

acomodarse para armonizar los intereses en juego. Así es como se hace posible dar a una institución la forma precisa para su encaje en el hueco legal o jurisprudencial que le toca rellenar. Desde esta reflexión parece claro que el trabajo de este singular maestro de juristas (yo incluido) es uno más de los trabajos importantes incorporados a la ciencia jurídica en la segunda mitad de siglo. Una vez más GARCÍA DE ENTERRÍA da en la diana, aunque su aportación vaya a exigir el tiempo de maduración propio de cualquier modificación legislativa y de cualquier alteración de hábitos judiciales. Alteraciones que no van a trastornar el principio de la ejecutividad; sencillamente lo van a situar en el lugar hacia el que ya camina. En esta ruta, el Auto que ahora comento no es un obstáculo; es una baliza direccional que garantiza una marcha libre de descarrilamientos. Lo mismo que ahora asistimos con naturalidad a la presencia en la práctica administrativa y judicial de hábitos y formas inimaginables tan sólo hace unos pocos años, muy pronto asistiremos también con la mayor tranquilidad a una doctrina segura y abrigada que aplique con generalidad y normalidad los principios fundamentales de interpretación que han servido de disculpa a este trabajo, que espero constituya una labor de divulgación útil y merezca, cuando menos, la misericordia de quienes se empeñen en acabarlo de leer. Me gustaría que también se entendiera como un hombro más, aunque débil, que se une a los de quienes arriman los suyos para portear el fardo de la evolución de esta figura jurídica, como se arriman los costaleros a los pasos de imaginiería para entre todos hacerlos caminar con garbo y seguridad.

Eduardo COCA VITA