

INSUSCEPTIBILIDAD DE LA SUSPENSIÓN DE LA EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Por

JOSÉ M.^a BOQUERA OLIVER

Catedrático de la
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. Introducción.—II. Insusceptibilidad de la suspensión de los actos administrativos.—III. Los límites naturales de la no suspensión y de la suspensión de los actos administrativos.—IV. Excepciones legales preconstitucionales de carácter general al principio de la no suspensión de la eficacia de los actos administrativos.—V. Excepciones legales anteriores a la Constitución para algunas clases de actos administrativos.—VI. Influencia de la Constitución sobre la insusceptibilidad de la suspensión de los efectos del acto administrativo.—VII. Leyes posteriores a la Constitución.—VIII. Críticas al principio de insusceptibilidad de la suspensión de los actos administrativos.—IX. Recientes criterios jurisprudenciales sobre las causas de suspensión de la eficacia del acto administrativo.—X. El olor a ilegalidad del acto administrativo como causa de la suspensión de sus efectos.—XI. «Fumus mali acti».—XII. La jurisprudencia conforme con la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa y la Constitución.—XIII. La suspensión del acto administrativo en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.—XIV. Régimen de la suspensión de los actos administrativos.—XV. Suspensión por Administraciones públicas de actos administrativos de otras Administraciones públicas.

I. INTRODUCCIÓN

De la misma esencia del acto administrativo nacen su irrevocabilidad y la insusceptibilidad de su suspensión. Una y otra constituyen límites intrínsecos del poder administrativo. Todo poder, por naturaleza, intenta eliminar sus límites, aunque éstos procedan de su misma esencia.

El acto administrativo se presume legal y por eso otro acto administrativo posterior no puede ni revocarlo ni paralizar sus efectos, pues éste no puede también presumirse legal.

El acto que la Constitución y la Ley presumen legal puede no serlo. A los Jueces corresponde apreciar y decidir lo que es legal o ilegal. Por eso, cuando la Administración cree que sus actos son ilegales puede (recurso de lesividad) y debe acudir al Orden judicial contencioso-administrativo para que éste decida al respecto. Pero acudir a los Tribunales resulta molesto y tardan en resolver los recursos contencioso-administrativos. La Administración pública intenta ahorrarse el acudir a los Tribunales para destruir sus actos cuando los considera ilegales. Le animan a ello potentes intereses de los admi-

nistrados, pues si tienen buenos valedores también les conviene que la Administración pueda por sí y ante sí hacer desaparecer sus actos, cambiarlos o suspender su eficacia.

Posiblemente, la irrevocabilidad y la insusceptibilidad de suspensión de los actos administrativos hubieran ya desaparecido si no estuvieran enraizadas en la misma esencia de éstos. Se ha llegado a considerar que la irrevocabilidad y la insusceptibilidad de suspensión no son esenciales al acto administrativo. La presunción de validez o legitimidad de los actos administrativos, que les sirve de fundamento —dice SANTAMARÍA PASTOR (1)—, es un principio técnicamente insostenible. Incluso hay quien insinúa que esta regla es preconstitucional (2).

Sin llegar a tanto, en una sociedad que rechaza los privilegios, con sólo calificar a la presunción de legalidad del acto administrativo de privilegio —el formidable privilegio de la autotutela, como le gusta denominarla y considerarla a GARCÍA DE ENTERRÍA (3)—, aquélla se desprestigia y se anima a luchar contra ella.

La presunción de legalidad de los actos administrativos no es un privilegio de esta clase de actos jurídicos, sino su característica esencial. Gozan de ella para, de una parte, poder satisfacer los fines públicos y, de otra, para poder ser enjuiciados y destruidos, si dicha presunción es falsa. Es un privilegio sólo en el sentido de que los actos jurídicos privados no gozan de ella (4). De igual modo podemos decir que la inteligencia es un privilegio del hombre y la trompa un privilegio del elefante. Evidentemente, una y otra no son privilegios, sino caracteres constitutivos.

La Administración pública, satisfecha de su poder, pero molesta con los límites que el mismo impone, escucha como música celestial las críticas a la irrevocabilidad y a la insusceptibilidad de suspensión de sus actos. Le gusta crear unilateralmente e imponer las consecuencias de sus decisiones, pero también le agrada revocarlas, modi-

(1) *Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso*, núms. 100-102 de esta REVISTA, vol. II (1983), pág. 1612.

(2) En los tiempos preconstitucionales, según COCA VITA, *A vueltas con la suspensión de la ejecución de actos administrativos recurridos: últimas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales*, núm. 127 de esta REVISTA (1992), pág. 248, «resultaba chocante 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».

(3) Véase, como ejemplo, *Medidas cautelares «positivas»: La imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento, eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho*, núm. 126 de esta REVISTA (1991), pág. 307. De «rancio privilegio de las Administraciones públicas» lo califica C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Cívitas, Madrid, 1991, pág. 133.

(4) Los restantes actos públicos, la Constitución, las leyes, las sentencias y los actos políticos todavía gozan de mayores «privilegios».

ficarlas por sí misma y suspenderlas. Esto sólo se lo impide la misma presunción que sirve de fundamento a la posibilidad de crear unilateralmente e imponer efectos jurídicos.

La Administración del Estado prepara e influye notablemente en la adopción de las leyes que la regulan. La última de nuestras leyes generales sobre las Administraciones Públicas ha sido la desgraciada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En ella mantiene (arts. 57.1 y 94) la presunción de legalidad o validez del acto administrativo, y con ella el carácter ejecutorio de sus decisiones (5), pero incluye nuevas excepciones a su irrevocabilidad y a la insusceptibilidad de suspensión de los efectos del acto administrativo. De este modo reduce la necesidad de utilizar el recurso de lesividad, inventado para respetar los principios fundamentales del régimen administrativo sin convertir a la Administración en prisionera de sus propios actos.

La Administración se facilita la huida de la exigencia de interponer recursos de lesividad para destruir sus propios actos. Se afirma que el Orden jurisdiccional contencioso-administrativo es la garantía máxima del Estado de Derecho, pero se erosionan los principios cardinales del Derecho Administrativo para ahorrarle a la Administración las molestias y las consecuencias de acudir como demandante ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

La historia de las excepciones legales al principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos es muy expresiva de lo que hemos dicho. Con la excusa de que la jurisprudencia sólo había proclamado la irrevocabilidad de los actos administrativos declarativos de derechos —lo que resultaba inevitable por razones procesales, pues durante mucho tiempo sólo pudieron recurrir los lesionados en sus derechos—, se concluyó, sin justificación, que los actos que imponían obligaciones eran revocables, salvo cuando éstas eran tributarias, salvedad que establecen las leyes de manera explícita (6).

En 1911 algunas sentencias, basándose en una Orden ministerial (7), consideraron que la Administración municipal podía revocar sus actos declarativos de derechos cuando eran manifiestamente ilegales. En 1954 y en 1956, GARCÍA DE ENTERRÍA defiende, en *La configuración del recurso de lesividad* (8) y en *La doctrina de los actos propios* y

(5) «Regla fundamental del derecho público» (*Arrêt du Conseil d'Etat de 2 juillet de 1982, Huglo et autres*, conclusiones BIANCARELLI).

(6) Puede verse J. M.² BOQUERA, «La irrevocabilidad de los actos administrativos», en *Estudios sobre el acto administrativo*, Cívitas, Madrid, 7.^a ed., 1993, pág. 438.

(7) Véase S. ROYO-VILLANOVA, *Problemas del régimen jurídico municipal*, IEAL, Madrid, 1941, pág. 44.

(8) Número 15 de esta REVISTA (1954), págs. 109-151.

el sistema de lesividad (9), la tesis de que la regla de la irrevocabilidad de los actos administrativos carece de justificación cuando éstos padecen vicios de ilegalidad. Aquella jurisprudencia, minoritaria y eventual, y esta tesis doctrinal son aprovechadas por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, para disponer (art. 37) que «la Administración no podrá anular de oficio sus propios actos declarativos de derechos, salvo cuando dichos actos infrinjan manifiestamente la Ley, según dictamen del Consejo de Estado, y no hayan transcurrido cuatro años desde que fueron adoptados». Mediante el discreto procedimiento de la revisión de oficio se pueden revocar actos favorables a los administrados.

A comienzos del año 1958, GONZÁLEZ PÉREZ, en un estudio sobre *El proceso de lesividad* (10), critica la fórmula del artículo 37 de la LRJAE por estimar que infringir «manifiestamente» la Ley es circunstancia de apreciación muy subjetiva y por esto resulta peligroso convertirla en motivo de excepción a la regla de la irrevocabilidad de los actos administrativos declarativos de derechos. Propone su desaparición, pero estima, sin embargo, que la Administración debe poder revocar sus actos favorables a los administrados cuando padezcan vicios que den origen a su nulidad de pleno derecho.

En julio de 1958 se publicó la Ley de Procedimiento Administrativo y su artículo 110 repitió el supuesto del artículo 37 de la LRJAE. No aceptó, pues, la crítica de GONZÁLEZ PÉREZ, pero su artículo 109 siguió su sugerencia y dispuso que «la Administración podrá, en cualquier momento..., declarar la nulidad de los actos enumerados en el artículo 47» (los actos nulos de pleno derecho).

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ha aumentado los casos de nulidad de pleno derecho (art. 62); permite la revisión de los actos que gravemente infrinjan normas de rango legal o reglamentario sin el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma (art. 103.1); el Consejo de Estado y hasta otros diecisiete posibles órganos consultivos pueden emitir dictámenes para revisar de oficio actos administrativos; la iniciación del procedimiento de revisión es obligatoria cuando la soliciten particulares interesados (art. 118.3); la resolución de la revisión podrá ser presunta (arts. 102.4 y 103.6).

(9) Número 20 de esta REVISTA (1956), págs. 69-77.

(10) Número 25 de esta REVISTA (1958), págs. 127-155.

Esta es en síntesis la historia de la erosión de la regla de la irrevocabilidad de los actos administrativos. La hemos querido recordar para que se aprecie con facilidad, por comparación con una regla semejante, lo que ha ocurrido, está ocurriendo y puede ocurrir con el principio de la insusceptibilidad de la suspensión de los actos administrativos, del que nos ocupamos en este trabajo. Irrevocabilidad e insusceptibilidad de suspensión son aspectos de la inalterabilidad del acto administrativo, límite intrínseco de esta especie de acto jurídico.

II. INSUSCEPTIBILIDAD DE LA SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Suspender un acto administrativo significa paralizar su eficacia después que ésta se ha iniciado. La suspensión consiste en conseguir que durante cierto tiempo los efectos del acto dejen de tener virtualidad (11). Si se presume que el acto administrativo se dicta para satisfacer un fin público de acuerdo con la legalidad, no es posible suspender su eficacia, pues durante un tiempo dejará de atenderse un fin público sin justificación (12). La presunción *iuris tantum* de legalidad del acto administrativo, que constituye su esencia, tiene, entre otras consecuencias, la de impedir la paralización del cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos nacidos del mismo. La insusceptibilidad de la suspensión de la eficacia del acto administrativo es un principio lógico-jurídico. Norma inmanente a su naturaleza.

La ejecutoriedad del acto administrativo implica la imposibilidad de la suspensión de su eficacia (13).

(11) Comenzaron los efectos del acto a moverse por la vida social, después se paralizaron, quedaron como estatuas, y transcurrido algún tiempo o en virtud de algún acontecimiento, vuelven a moverse para cumplir su cometido.

(12) No debe olvidarse que las Administraciones públicas mandan para satisfacer los fines públicos; por esta razón pueden crear e imponer a los administrados obligaciones y otorgarles derechos. Suspender los actos administrativos significa paralizar los mandatos de la Administración y, por tanto, la satisfacción de los fines públicos.

(13) Esto se reconoce por algunos que propugnan eliminar la ejecutoriedad o al menos facilitar la suspensión de los actos administrativos. E. COCA VITA, *ob. cit.*, págs. 247 y 248, estima que «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».

III. LOS LÍMITES NATURALES DE LA NO SUSPENSIÓN Y DE LA SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La insusceptibilidad de la suspensión del acto administrativo tiene dos límites naturales: el no poder reparar las consecuencias de la ejecución del acto si éste es anulado como consecuencia de la estimación de un recurso y el que de la no suspensión se siga grave perturbación a intereses públicos de mayor valor que el interés que debe satisfacer el acto que se pretende suspender.

Al menos desde la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1894 (art. 100), los Jueces tienen explícitamente reconocida la facultad de suspender la ejecución del acto impugnado cuando ésta pueda ocasionar un daño de *imposible* reparación (14). Pero, por si después resulta que la suspensión no tenía justificación, los Jueces deben exigir una caución con la que reparar los daños causados por la suspensión acordada.

El segundo límite natural lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia a partir de lo que podemos considerar una insinuación del artículo 123.2 de la LJCA (15). Dice este precepto que si el Abogado del Estado se opusiera a la suspensión del acto por el Tribunal «fundado en que de ésta puede seguirse grave perturbación a los intereses públicos, que concretará», aquél no podrá acordarla sin que previamente informe el autor del acto. El interés público o general por el que se suspende el acto debe ser superior al que el acto trata de satisfacer (16).

(14) El artículo 56.1 de la LOTC utiliza una fórmula más suave, pero equivalente a la de esta LJCA: suspensión del acto «cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad». En su artículo 64.3 utiliza los mismos términos del artículo 122.2 de la LJCA vigente. Ocurre lo mismo con la del artículo 1428 de la LECIV: adopción de las medidas «que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la Sentencia que en el juicio recayera» (puede verse M. ORTELLS RAMOS, «Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428 LEC», en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor FAJÉN GUILLEN*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, págs. 387 y ss.). Una y otra dicción sólo conducen a la suspensión de los efectos del acto o del negocio jurídico cuando resulte imposible restablecer las cosas al estado en que estaban antes de conceder el TC el amparo o dictar el Juez la sentencia, es decir, cuando los perjuicios son irreparables (véanse los Autos del TC de 29 de marzo de 1990 y 21 de julio de 1992).

(15) SS. de 14 de febrero de 1973 y de 24 de marzo de 1988, Sala 4.ª (A-2288), y Autos de 21 de enero de 1975, 4 de mayo y 10 de junio de 1982 y 15 de abril de 1983. Véase J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *De nuevo sobre la suspensión judicial del acto administrativo (1986-87)*, «REDA», núm. 64 (1989), págs. 639 y ss.

(16) El Auto de 23 de septiembre de 1988, Sala 4.ª (A-7246), manifiesta que el párrafo primero del apartado 7 de la Sección V de la Exposición de Motivos de la LJCA ofrece la interpretación auténtica del artículo 122 de la misma y, «efectivamente, ha de tenerse en cuenta en todo caso un criterio de comparación y ponderación de las lesivas consecuencias que para los respectivos intereses en pugna se han de seguir con tal cautelar medida». La LJCA vigente no piensa que son dos los límites naturales, sino uno solo. Ha sido la ju-

Pero junto a los límites naturales a la insusceptibilidad de la suspensión del acto administrativo existen límites o excepciones legales.

IV. EXCEPCIONES LEGALES PRECONSTITUCIONALES DE CARÁCTER GENERAL AL PRINCIPIO DE LA NO SUSPENSIÓN DE LA EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 (art. 122.2) estableció a la no suspensión de la ejecución de los actos administrativos impugnados una primera excepción legal —muy próxima a su primer límite natural—. Dispuso que éstos pueden suspenderse en los casos en que resulte *difícil* reparar sus consecuencias (17). Según la Ley de la Jurisdicción, es suficiente que resulte difícil reparar las consecuencias de la ejecución del acto, si éste se anula, para que los Tribunales puedan suspenderlo. El límite entre lo imposible y lo difícil de reparar, con los actuales medios técnicos, es muy tenue y los Jueces, antes de recoger la Ley este supuesto de suspensión, lo traspasaban con mucha facilidad (18). La Ley de 1956 con la adición de difícil a imposible quiso facilitar la adopción de acuerdos judiciales de suspensión del acto impugnado (19).

jurisprudencia la que ha puesto de manifiesto la independencia entre la suspensión del acto por la imposibilidad de reparar las consecuencias de su ejecución y su suspensión porque la satisfacción del fin del acto lesiona otro fin público de valor superior. En ocasiones, la jurisprudencia se manifiesta como si el acto administrativo que se pretende suspender no persiguiera un fin público o hubiera un interés genérico, exterior y superior a aquél. Por ejemplo, el Auto de 7 de octubre de 1986, Sala 4.ª (A-6418), dice que uno de los requisitos necesarios para la suspensión de los actos administrativos es «que no se deduzcan graves perjuicios para el interés público de la falta de ejecución del acto». El Auto de 24 de marzo de 1988, Sala 4.ª (A-2288), dice que «conforme a la Exposición de Motivos de la Ley de esta Jurisdicción, al juzgar sobre la procedencia de la suspensión, se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución». En el mismo sentido, el Auto de 20 de mayo de 1981, Sala 4.ª (A-2112), que afirma: «... nada consta en las actuaciones que permita afirmar que el interés público afectado sea incompatible con la suspensión». Pero la comparación, según la misma Ley de la Jurisdicción, debe hacerse con un interés público *concreto* (interés público que concretará el Abogado del Estado). Véase la S. de 24 de marzo de 1988 (A-2288).

Los antecedentes del precepto citado en el texto —que impedían la suspensión del acto si la Administración se oponía a ello— son el artículo 100, párrafos 2.º y 3.º, de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1894 y el artículo 107 del Texto Refundido de la Ley de lo contencioso-administrativo de 8 de febrero de 1952.

(17) Paralizar la ejecución o materialización del acto equivale a suspender su eficacia. No lo entiende así el Auto de 2 de noviembre de 1993, que dice: «... con la medida solicitada no se trata de suspender la eficacia de la actuación administrativa..., sino de demorar su plena materialización...».

(18) Imposible y difícil son dos cosas diferentes, pero viene a ser lo mismo que el Juez diga que el daño resulta imposible de reparar o que sea difícil el repararlo.

(19) Propósito que destaca la EM (V.7) de la LJCA al decir que «respecto de la dificultad de reparación, no cabe excluirla sin más por la circunstancia de que el daño o perjuicio que podría derivar de la ejecución sea valorable económicamente». En esto insiste recientemente la jurisprudencia del TC.

«Cuando el Tribunal acuerde la suspensión exigirá, si pudiera resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero, caución suficiente para responder de los mismos» (art. 124.1 de la LJCA).

La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957 (art. 34), después de afirmar que «la interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado», facultó a la Autoridad a quien compete resolverlo para suspender la ejecución del acto recurrido «en el caso de que dicha ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación». La disposición para establecer que la interposición del recurso paraliza la eficacia del acto debe ser legislativa, pues con ella se hace excepción a lo dispuesto por una Ley. La STC 15/1982, de 23 de abril, entendió que en virtud de los artículos 233 y 434 del Reglamento de la Ley General del Servicio Militar 3087/1969, de 6 de noviembre, «el acto de clasificación (a los efectos de la exclusión total del servicio militar o temporal del contingente anual) no se convierte en ejecutivo hasta la notificación de la resolución que recaiga sobre el recurso de alzada». La STC 25/1982, de 19 de mayo, añadió a dichos preceptos la cita del artículo 38 de la Ley 55/1968, de 27 de julio, General del Servicio Militar, pero este precepto no permite la paralización de la eficacia del acto de clasificación por su impugnación. Si las disposiciones administrativas pudieran establecer que el recurso paraliza la eficacia del acto, entendiendo que el inciso del artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado deslegaliza esta cuestión, podría llegarse a una situación de mucho desorden. Esta interpretación, como después veremos, es contraria a la Constitución.

La Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958 (art. 116), repitió lo dispuesto por las Leyes de la Jurisdicción contencioso-administrativa y de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y añadió otra excepción a la insusceptibilidad de la suspensión del acto administrativo. La autoridad administrativa a quien compete resolver los recursos administrativos podrá «suspender de oficio o a instancia de parte, la ejecución del acuerdo recurrido, ... cuando la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho...».

Al cabo de los años, como era lógico prever, las Salas de lo contencioso-administrativo también suspenden el acto administrativo impugnado cuando se alega que padecen un vicio susceptible de ocasionarle la nulidad de pleno derecho (20).

(20) R. SASTRE LEGIDO, *La suspensión de los efectos del acto administrativo objeto del recurso*, núm. 79 de esta REVISTA (1976), págs. 249 y ss., ya planteó esta cuestión. Auto de

V. EXCEPCIONES LEGALES ANTERIORES A LA CONSTITUCIÓN PARA ALGUNAS CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

El artículo 34 de la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977 permite la suspensión del procedimiento de apremio para la ejecución de actos administrativos en algunos supuestos muy peculiares (21).

La Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas de la Persona, de 26 de diciembre de 1978, dispuso que «la interposición del recurso contencioso-administrativo suspenderá, en todo caso, la resolución administrativa cuando se trate de sanciones pecuniarias reguladas por la Ley de Orden Público...» (art. 7.º5 de la misma Ley) (22). En su artículo 7.º2 y 4 dice que, interpuesto el recurso contencioso-administrativo y solicitada «la suspensión de la efectividad del acto administrativo impugnado», «la Sala acordará la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general, suspensión que podrá concederse con o sin afianzamiento de los perjuicios de cualquiera otra naturaleza que pudieran derivarse». Esta Ley establece como regla general que, interpuesto el recurso y pedida la suspensión de la ejecución del acto, el Juez debe acordarla, salvo que con la suspensión se perjudique gravemente el interés general. La Sala suspenderá el cumplimiento del acto impugnado con sólo alegar el recurrente la lesión de derechos fundamentales o libertades públicas, salvo que la Administración autora del mismo justifique que la suspensión perjudicará gravemente el interés general (23). Se invierte, pues, la regla existen-

6 de abril de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, A-2911; Auto de 26 de diciembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 8.ª, A-8987, y Auto de 20 de marzo de 1990, Sala 3.ª, Sección 6.ª, A-2242. En contra, el Auto de 4 de junio de 1989, A-4311.

(21) Después de disponer, número 1, que «en ningún caso podrán suspenderse los procedimientos administrativos de apremio por virtud de recursos interpuestos por los interesados, si no se realiza el pago del débito, se consigna su importe o se garantiza éste en la forma reglamentariamente establecida», añade que «si contra dichos procedimientos se opusieran reclamaciones en concepto de tercera o por otra acción de carácter civil por persona que ninguna responsabilidad tenga para con la Hacienda Pública en virtud de obligación o gestión propia o transmitida, se suspenderán dichos procedimientos sólo en la parte que se refiera a los bienes o derechos controvertidos, sustanciándose este incidente en la vía administrativa como previa a la judicial». «Asimismo podrá suspenderse el procedimiento de apremio sin los requisitos establecidos en el número 1 de este artículo, si el interesado demuestra que ha existido en su perjuicio error material o aritmético en la determinación de la deuda tributaria que le exija.»

(22) Este precepto fue derogado por la Ley Orgánica de 21 de febrero de 1992, núm. 1/1992, de Seguridad Ciudadana. La razón de esta derogación se apreciará después por la cita que del artículo 38 de esta Ley hacemos en el texto.

(23) El interés general no es uno de los intereses públicos de aquellos que, según ar-

te para los procesos administrativos ordinarios sobre la suspensión de los actos administrativos. Se pasa de la facultad de los Jueces de suspender el acto administrativo, si aprecian que la ejecución de éste puede ocasionar daños de imposible o difícil reparación, el acto es nulo de pleno derecho o la no suspensión perturba concretos intereses públicos superiores a los del acto, a la obligación de suspenderlo si al acto se le acusa de lesionar derechos fundamentales o libertades públicas y no lo impide el interés general (24).

La Ley de 26 de diciembre de 1978 ha llegado a la conclusión de que la defensa de los derechos fundamentales de la persona y las libertades públicas, a los que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución, es más importante que la atención del fin público que trata de satisfacer cada acto administrativo (25). La sola acusación al acto de afectar al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades de la persona paraliza su eficacia, aunque ésta se presume conforme con el Ordenamiento jurídico. Sólo si, además del interés público concreto que satisface el acto administrativo, padece o puede pade-

título 123.2 de la LJCA, deberá concretar el Abogado del Estado. Es algo más difuso. Parece que es un interés de toda la comunidad nacional. En cualquier caso, es una fórmula tan abstracta que razonar sobre ella fuera de los casos concretos que se planteen no suele llevar a ninguna parte. El análisis de casos concretos produce una impresión desazonante sobre lo que puede considerarse el interés general. Véase, como ejemplo, S. F. UTRERA CARO, *La expulsión de extranjeros del territorio nacional y su suspensión por la vía del artículo 7 de la Ley 62/1978 (Un análisis de jurisprudencia)*, núm. 132 de esta REVISTA (1993), págs. 265 y ss.

(24) «La regla establecida con carácter general (en este procedimiento especial) —dice el Auto de 18 de enero de 1982, Sala 3.º (Aranzadi-12)— es la de suspensión de efectos, constituyendo la excepción la no suspensión de los efectos ejecutivos del acto impugnado...»

(25) J. RIVERO (*Dualité de juridictions et protection des libertés*, «Revue Française de Droit Administratif», 1990, pág. 737) dice que las libertades públicas tienen un estatuto constitucional, por lo que exigen una protección reforzada. Establecer para ellas un recurso suspensivo «no sería atentar a la especificidad del contencioso-administrativo, sino derogar en él reglas que justifica y pide el carácter constitucional de las libertades». En Francia, algunos derechos fundamentales se defienden temporalmente mediante el procedimiento de *sursis à exécution* y el *recours suspensif*. Puede verse S. TSIKLITIRAS, *Le statut constitutionnel du sursis à exécution devant le juge administratif*, «RDPSP», núm. 3-1992, págs. 679 y ss. Pero la regla en Francia es: *Le Conseil d'Etat peut ordonner le sursis à exécution si l'exécution de la décision attaquée risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables et si les moyens énoncés dans la requête paraissent, en l'état de instruction, sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée* (art. 48 de la Ordenanza de 31 de julio de 1945, modificado por el art. 68 del Decreto núm. 63766, de 30 de julio de 1963). El recurso contra el acto administrativo no suspende su ejecución, y «esto —ha dicho el Consejo Constitucional en su Decisión núm. 86224, DC de 23 de enero de 1987— cualquiera cual sea la gravedad de las consecuencias de la ejecución de la decisión (recurrida) y la seriedad de los medios invocados contra ésta». Pero, en algún caso, en virtud de disposición legislativa, el recurso ante el Consejo de Estado suspende la ejecución del acto. Véase un supuesto en el citado trabajo de TSIKLITIRAS, pág. 697.

La aplicación del artículo 48 de la Ordenanza de 31 de julio de 1945 la hace el Consejo de Estado con fórmulas muy poco precisas. Pueden verse ejemplos en la «RDPSP», núm. 2-1992, pág. 553, y núm. 6-1991, p. 1728.

cer el interés general no será suspendida la eficacia del acto administrativo (26).

El Tribunal, para apreciar si existe o no posible padecimiento del interés general, recabará informes —que deberán emitir en el plazo de cinco días— al Ministerio Fiscal, Abogado del Estado y órgano del que dimana el acto impugnado. Los jueces decidirán si las circunstancias encajan en el universal interés general.

Las posibles consecuencias de la suspensión del acto impugnado sobre el interés público que éste satisface las mitiga el procedimiento de urgencia que se utiliza para resolver los recursos en defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Inicialmente, los Tribunales acordaron muchas suspensiones en el procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas; después, al comprobar que muchos recursos se acogían a la Ley de 26 de diciembre de 1978 sólo para conseguir la suspensión del acto impugnado, con una interpretación amplia, quizá desmesurada, del interés general, disminuyeron las suspensiones (27).

VI. INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LA INSUSCEPTIBILIDAD DE LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La Constitución de 27 de diciembre de 1978 contiene la organización de los Poderes del Estado y confiere poderes o potestades a cada uno de ellos. Potestad legislativa al Legislador; potestad juris-

(26) Véase un buen ejemplo en el Auto de 19 de julio de 1990, Sala 3.ª, Sección 9.ª, A-6398.

(27) Véase J. DÍAZ DELGADO y V. ESCUÍN PALOP, *La suspensión de los actos administrativos recurridos en el proceso especial de la Ley de Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*, núm. 117 de esta REVISTA (1988), págs. 193 y ss. El Auto de 13 de octubre de 1993, Sala 3.ª, A-5119, dice «que la simple posibilidad de que dicha suspensión pudiera ocasionar perjuicio grave al interés general, es suficiente para denegar tal petición», y como la Orden impugnada afecta a 400 plazas de Profesores de Instituto «se vería negativamente afectada la normal prestación de la función docente a desarrollar por los 400» profesores, lo que «determinaría un perjuicio grave para el interés general que la actividad docente de aquéllos indudablemente comporta», lo que conduce a establecer la improcedencia de la suspensión.

El Auto de 18 de enero de 1982, Sala 3.ª (A-12), dice que no deben suspenderse «aquellos actos que su ejecución afecte o repercuta directamente a derechos de terceros, por el interés general de evitar los perjuicios que se les irrogaría...».

Según el Auto de 24 de octubre de 1988, Sala 5.ª (A-7739), pueden derivarse perjuicios graves para el interés general si se suspende el acuerdo municipal que ordena el cese de la actividad de la fabricación de hormigón en una industria instalada junto a una carretera, para lo cual se argumenta que carece de licencia y se encuentra emplazada en terreno no urbanizable produciendo deterioro del medio ambiente y del suelo agrícola. Este Auto afirma acreditada «la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés público con la actividad cuyo cese con clausura del establecimiento se ordena».

diccional al Judicial, y potestad política y administrativa al Ejecutivo.

La Constitución presume que el Gobierno, órgano máximo de la Administración del Estado, ejerce «la función ejecutiva y la potestad reglamentaria» «de acuerdo con la Constitución y las leyes» (art. 97). Con una y otra puede crear consecuencias jurídicas e imponérselas a los ciudadanos. No sólo el Gobierno, sino toda «la Administración pública —presume el art. 103.1 de la Constitución—... actúa... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Estos preceptos no son el reconocimiento de una realidad, aunque su tenor literal lo parezca. Muchos actos administrativos no se someten, sino que infringen o son contrarios a la Ley y al Derecho. Por eso, los Tribunales controlan «la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican» (art. 106.1 de la CE), y «corresponde *exclusivamente* a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes» juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 de la CE). La Constitución establece, pues, la presunción de legalidad de todos los actos administrativos y de ésta deriva su ejecutoriedad. Sin ella las Administraciones públicas no serían uno de «los poderes públicos». Pero la Constitución no faculta a la Administración para que decida sobre la legalidad o ilegalidad de sus actos. Quiere (arts. 97, 103, 106.1 y 117.3) que únicamente los Tribunales decidan si la presunción de legalidad del acto administrativo es verdadera o errónea. Una de las consecuencias de la presunción constitucional de juridicidad del acto administrativo es la insusceptibilidad de su suspensión. Esta tiene valor constitucional (28).

(28) La Sentencia de 28 de enero de 1988, Sala de revisión (A-160), dice que como consecuencia del artículo 24 de la CE «el principio de ejecutividad de los actos administrativos no ha desaparecido, sino que se contiene dentro del principio de eficacia del artículo 103 porque salvaguarda los intereses generales, que son bienes constitucionalmente protegidos...». No sólo no desaparece el principio de la ejecutoriedad del acto administrativo, sino que se eleva de rango y tiene la forma de regla constitucional explícita, pero no se contiene dentro del principio de eficacia porque éste es otra cosa. Ejecutividad es un término utilizado equivocadamente pues, unas veces, con él se expresa unilateralidad e imperatividad (ejecutoriedad) y, otras veces, autoejecución, ejecución por la Administración de los actos dictados por ella. En este segundo sentido se la considera reconocida por el artículo 103 de la Constitución (STC 22/1984, de 17 de febrero), pero en este precepto están tanto el principio de eficacia como la presunción constitucional de la legalidad de los actos administrativos. El principio de eficacia de la Administración pública de acuerdo con el cual, según el artículo 103.1 de la Constitución, debe actuar aquélla es la eficacia material, no la eficacia en sentido jurídico; la eficacia que debe ser cualidad de toda actuación para alcanzar con prontitud, economía de medios y efectividad su objetivo. Proviene la declaración constitucional del artículo 29.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, y no de su artículo 45. La Constitución la menciona junto a otros principios de organización, la «jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación...».

La ejecutividad o autoejecución de los actos administrativos favorece o es medio para

La Constitución reconoce a las personas el derecho a obtener una tutela jurisdiccional efectiva (art. 24.1 de la CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2). La tutela judicial efectiva consiste en el amparo que a nuestros derechos e intereses siempre les procurará un Juez y llega hasta el cumplimiento de sus sentencias (29). Se ha dicho que, en ocasiones, cuando se impugna el acto administrativo, su no suspensión impide el ejercicio del derecho constitucional a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales. También que muchas veces su no suspensión, cuando se trata de una sanción, destruye la presunción de inocencia del hombre. Lo primero, porque al dictarse la sentencia que anula el acto ya no resulta posible restablecer la situación anterior a su ejecución. Lo segundo, porque la presunción de inocencia del hombre se ve afectada por la decisión administrativa y la paralización de su eficacia de algún modo la restablece. La primera consecuencia se evita con la aplicación al caso concreto del límite natural a la no suspensión del acto administrativo (suspensión por la imposibilidad de la reparación de las consecuencias de la ejecución del acto administrativo). La segunda, no es cierta. El acto administrativo de sanción puede suscitar dudas sobre la inocencia de una persona o decidir que no es inocente. Pero la Constitución no garantiza a nadie que no existirán dudas sobre su inocencia, cosa por otra parte imposible, ni reserva exclusivamente a los Jueces la declaración de que un individuo no es inocente, pues de hacerlo hubiera eliminado la potestad sancionadora de la Administración. Pero de esto nos ocuparemos después.

La insusceptibilidad de la suspensión del acto administrativo, el derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia del hombre tienen valor constitucional (arts. 103.1 y 24.1 y 2 de la CE). «La integridad de la Constitución y del orden por ella introducido en nuestro Derecho —STC de 17 de febrero de 1987 (CI núm.

hacer realidad este principio de eficacia, pero la eficacia jurídica peculiar del acto administrativo no tiene en él su fundamento, sino en la presunción de legalidad o ejecutoriedad del acto administrativo que la Constitución otorga a la Administración pública en su artículo 103.1. Más que favorecer a la Administración con una presunción en beneficio de sus actos, es otorgarle el poder con el que a determinadas personas las convierte en Administraciones públicas.

La Ley no puede eliminar la ejecutoriedad del acto administrativo (afirmación contraria puede verse en la citada S. de 28 de enero de 1988, Sala de revisión), pero sí paralizarla cuando resulta necesario combinarla con otras exigencias constitucionales.

(29) El derecho a la tutela judicial efectiva consiste, dice el TC en su Sentencia de 12 de diciembre de 1991, 23/1991, recurso de amparo 1449/1988, «en que Jueces y Tribunales permitan, a quien pretende hacer valer sus derechos e intereses, acceder a la jurisdicción, ser oído, proponer y practicar pruebas y obtener una resolución fundada en Derecho, y que verse sobre las pretensiones planteadas en juicio», y «la tutela judicial no es tal —añade la STC 14/1992, FJ 7.º— sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso».

665/84), FJ 4— quedaría ciertamente menoscabada si cualquiera de sus prescripciones quisiera, imponiéndose a costa de la unidad de la norma fundamental, sobreponerse a lo dispuesto por la propia Constitución en otro de sus preceptos.» La STC 27/1981, de 20 de julio (FJ 10), afirma la exigencia de mantener el equilibrio entre los principios constitucionales. La prescripción constitucional por la que los efectos del acto administrativo se consideran conformes con la Constitución y con las leyes y, por tanto, no pueden paralizarse, no puede imponerse a la que otorga derecho a una tutela judicial efectiva y a la que ordena que se nos considere a todos inocentes mientras no se demuestre lo contrario, y éstas no pueden imponerse a aquélla. Resulta necesario cohonestar una y otras, y esto impone la limitación mutua, simultánea o sucesiva, de las consecuencias de los preceptos constitucionales antes recordados (30).

El Auto de 5 de abril de 1991, Sala 3.ª, dice que la cuestión de la suspensión del acto administrativo no puede dilucidarse ni desde el principio de que ésta no cabe por la inmediata ejecutividad del acto administrativo, ni cabe invocar como norma directriz de absoluta validez lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución para suspenderlo porque este «derecho no se conculca con la ejecución de los actos de la Administración que gozan de la presunción de legitimidad..., y cuya inejecución, aunque sea temporal, puede producir daños y perjuicios al interés público protegido por la norma en que se fundamenta la resolución o disposición administrativa».

La Constitución no permite que las leyes faculden a la Administración para suspender la eficacia del acto administrativo, porque si éste se presume legal y la Administración por sí misma no puede destruir esta presunción, no habrá ninguna razón para que paralice temporalmente los efectos del acto (31). Tampoco permite que aqué-

(30) La citada Sentencia de 28 de enero de 1988 (A-160) dice «que la tutela judicial efectiva del artículo 24 no impone en tal caso la suspensión de la ejecutividad, sino que se garantiza permitiendo el control judicial de la medida, puesto que no cabe en la contraposición del interés público y del privado acentuar uno más que el otro, de modo que salvo que la Ley elimine la ejecutividad, tal carácter de los actos administrativos no ha desaparecido en un Estado democrático, que de lo contrario no podría dar cumplimiento a su facultad promotora de la realidad en su actuación, según el artículo 9.2 de la Constitución». Creemos que no resulta congruente con el artículo 103 de la Constitución, que antes cita la Sentencia, ni con el argumento que ahora emplea en relación con el artículo 9.2 de la misma, la afirmación de que la Ley puede eliminar la ejecutividad de los actos administrativos. Si elimina la ejecutividad en el sentido de creación e imposición unilateral de consecuencia jurídicas, de imperatividad, el acto deja de ser administrativo. Lo que sí puede eliminar es la ejecutividad en el sentido de ejecución forzosa por la propia Administración o acción de oficio.

(31) Tampoco la ley, como dice la STC de 17 de diciembre de 1992, núm. 238/1992, puede establecer excepciones a lo dispuesto en los artículos 122 y siguientes de la LJCA. Esto demuestra que la insusceptibilidad de la suspensión de los actos administrativos y sus excepciones se sitúa en el ámbito de la Constitución. Como dice esta Sentencia, «la

llas faculten al Juez a paralizar la eficacia del acto antes de declarar falsa su presunción de legalidad. Pero el Legislador puede valorar la ejecutoriedad del acto administrativo con respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, el respeto a la presunción de inocencia, o a otros derechos y valores constitucionales, como el de la seguridad personal, y establecer la prevalencia de éstos sobre el interés público que cada acto administrativo trata de satisfacer. Incluso establecer la superioridad de un interés público concreto sobre el interés que deben satisfacer determinados actos administrativos. En aplicación de estas leyes, la Administración y los Tribunales podrán suspender la eficacia del acto (32). Leyes que podrán ser impugnadas ante el TC, por los cauces constitucionalmente establecidos, y éste decidirá si el resultado de la valoración legal es conforme o contrario a la Constitución. Los Jueces y Tribunales también pueden, al interpretar y aplicar los preceptos constitucionales, coordinar el derecho a la tutela judicial efectiva y los demás derechos constitucionales, con la insusceptibilidad de la suspensión del acto administrativo.

La misma Constitución, en su artículo 161.2, contiene el resultado de su valoración de la insusceptibilidad de suspensión del acto administrativo en relación con el respeto de la Constitución por las Comunidades Autónomas. «El Gobierno podrá impugnar ante el Tri-

suspensión del acto administrativo impugnado se configura como un límite a la ejecutividad de las resoluciones de la Administración». La STC 238/1992 no considera que la ejecutividad del acto administrativo sea una regla constitucional, sino únicamente que «no pugna, en sí misma, con regla o principio alguno de la Constitución (STC 22/1984, fundamento jurídico 4.º)», e incluso que la actuación de la Administración «ha de quedar informada, entre otros principios, por el de eficacia (art. 103.1 CE)». El artículo 97 de la CE y la presunción de que la Administración actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, proclamada por el mismo artículo 103.1 de la Constitución, son el fundamento constitucional de la ejecutoriedad de los actos administrativos y no el principio de la eficacia. La ejecutoriedad de los actos administrativos no es que se acomode a la Constitución (STC 238/1992), sino que es Constitución. Lo cual «no permite desconocer que —como dice la Sentencia citada—, en determinadas circunstancias, su ejercicio pudiera implicar, cuando el acto administrativo hubiera sido impugnado en vía jurisdiccional, una merma en la efectividad de la tutela judicial». Por eso «és, pues, preciso que se facilite que la ejecutoriedad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal, y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, pueda resolver sobre su eventual suspensión (STC 66/1984, FJ 3.º)».

Lo que la STC 238/1992 denomina «la prerrogativa de la ejecutividad», GARCÍA DE ENTERRÍA —*Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas), y «jurisdicción plenaria» de los Tribunales contencioso-administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos, «REDA», núm. 79 (1993), págs. 475 y ss.*— lo califica de «privilegio de la autotutela de la Administración». La STC de 29 de abril de 1993, del mismo ponente que la 238/1992, ya utiliza la expresión de GARCÍA DE ENTERRÍA en lugar de la primera. Pero una prerrogativa no siempre es un privilegio.

(32) El Auto de 3 de enero de 1991, Sala 3.ª, Sección 6.ª, A-494, dice: «No se olvide que el TC en Sentencia de 4 de junio de 1990 ha venido a clarificar que la garantía de tutela judicial» del artículo 24 de la Constitución «no es predicable sólo de quienes instan el proceso judicial, sino también de quienes concurren como parte demandada, apelada o en cualquier otra de las legalmente previstas».

bunal Constitucional las disposiciones y resoluciones dictadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.» La impugnación produce la suspensión automática de la disposición o resolución recurrida. El Gobierno, con su recurso, paraliza la eficacia de la disposición o resolución de la Comunidad Autónoma que goza de la presunción de conformidad con el Ordenamiento jurídico. La razón de ello parece ser la defensa inmediata de las disposiciones constitucionales que delimitan la competencia del Estado, pero el Gobierno, según el tenor literal del precepto, también puede defender lo que no sea su propia competencia (33). En cualquier caso, la posible defensa de la Constitución a instancia del Gobierno y si se quiere la defensa de la competencia estatal, se hace prevalecer sobre la presunción de la legal satisfacción de un fin público por las disposiciones y resoluciones de las Comunidades Autónomas (34). La Constitución contiene, pues, un ejemplo de valoración de intereses contrapuestos con la que se justifica la suspensión de actos administrativos cuando son impugnados. La forma de hacerlo no resulta, sin embargo, muy afortunada por falta de precisión del precepto.

El TC, en su Sentencia 115/1987, de 7 de julio, también se refiere a la valoración de intereses contrapuestos en la cuestión de la suspensión de la eficacia de los actos administrativos. Parte para su razonamiento de la premisa siguiente: «No puede defenderse la absoluta necesidad de la suspensión de los actos administrativos impugnados para la salvaguardia de los derechos fundamentales.» Considera excepcional la posibilidad de suspender la «ejecutoriedad» (STC 66/1985, de 23 de mayo) de «los actos o las normas que emanan de

(33) A. E. NAVARRO MUNUERA, *La suspensión de las disposiciones y resoluciones autonómicas impugnadas por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional en el artículo 161.2 de la Constitución*, núm. 114 de esta REVISTA (1987), págs. 199 y ss.

(34) Otros preceptos de la Constitución, aunque no hablan de la suspensión de actos administrativos, están redactados de tal manera que puede suponerse que con su aplicación será factible suspender la eficacia de actos administrativos de las Comunidades Autónomas. Su artículo 155.1 dispone que «si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones para la protección del mencionado interés general». Puede pensarse que con este precepto se trata de forzar a una conducta, pero no destruir lo actuado. No está claro que sea así. La Constitución hila muy fino para que el Gobierno pueda actuar de este modo, pero con la aplicación de este artículo, si se presentan las circunstancias que en él se prevén, es posible que también puedan suspenderse las resoluciones y disposiciones de las Administraciones comunitarias.

poderes legítimos que disfrutaban de una presunción de legitimidad, aunque puedan ser cuestionados». «La efectividad de la tutela judicial que el artículo 24 de la Constitución establece no impone en todos los casos la suspensión del acto administrativo recurrido, pues dicho precepto lo que garantiza es la regular y adecuada prestación jurisdiccional, en un proceso con todas las garantías, por parte de los órganos judiciales.» Pero la supresión de la posibilidad de suspender los actos administrativos para ciertos casos o grupos de personas afecta al derecho a la tutela judicial efectiva y también puede afectar al derecho a la igualdad.

«La prerrogativa de la ejecutividad —dice la STC 238/1992— no puede desplegarse libre de todo control jurisdiccional y debe el legislador, por ello, articular en uso de su libertad de configuración, las medidas cautelares que hagan posible el control que la Constitución exige.»

Desde esta perspectiva deberá analizarse la constitucionalidad de las leyes que facultan para suspender la eficacia de los actos administrativos, tanto las recordadas como las que vamos a recordar.

VII. LEYES POSTERIORES A LA CONSTITUCIÓN

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, al regular la impugnación por el Gobierno de una disposición o resolución de una Comunidad Autónoma que estime no respeta el orden de competencia establecido o por el órgano ejecutivo de una Comunidad Autónoma los de otra Comunidad o del Estado por el mismo motivo, en su artículo 64.2 y 3 dispone que si el conflicto hubiere sido entablado por el Gobierno, con invocación del artículo 161.2 de la Constitución, su formalización «suspenderá inmediatamente la vigencia de la disposición, resolución o acto que hubiesen dado origen al conflicto» (art. 64.2). En los restantes supuestos, podrá solicitarse del Tribunal la suspensión de la disposición, resolución o acto «invocando perjuicios de imposible o difícil reparación...» (art. 64.3). «Todo dentro de una apreciación de los intereses públicos comprometidos», dice el Auto del TC núm. 66/1984, de 2 de febrero.

La Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 (art. 44.3) y la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial de 1980 (art. 44) disponen que los recursos contra sanciones suspenden su ejecución.

El Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre, dispone (art. 21.1) que el recurso económico-administrativo «no suspenderá la ejecución del acto impugnado», pero su artículo 22.1 añade

que se «suspenderá a instancia del interesado» si se garantiza el importe de la deuda tributaria en la forma que reglamentariamente se determine (35). El Tribunal necesariamente paralizará la ejecución del acto si se lo pide el interesado y garantiza el pago de la deuda tributaria. La interposición del recurso económico-administrativo, más la petición de la suspensión de la eficacia del acto impugnado con la garantía consiguiente, tiene por resultado la suspensión del acto impugnado. Puede alegarse que se pide la suspensión del acto porque su ejecución puede ocasionar un daño de imposible o difícil reparación, pero no es necesario (36).

En esta Ley no ha habido valoración de intereses contrapuestos. Parece que se ha pensado que la garantía del pago de la deuda tributaria es razón suficiente para paralizar la ejecución de las liquidaciones (37). La Sentencia de 18 de marzo de 1992, Sala 3.ª, Sección 2.ª, A-2319, dice que la suspensión es una moratoria que la Hacienda Pública (acreedor) concede al deudor mientras revisa la deuda.

La LRBRL, de 2 de abril de 1985, núm. 7/85, en su artículo 66, dispone que «los actos y acuerdos de las entidades locales que menoscaben competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas, interfieran su ejercicio o excedan de la competencia de dichas entidades, podrán ser impugnados directamente, ..., ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, por la Administración del Estado o de la correspondiente Comunidad...», y si la impugnación «contuvie-

(35) La disposición adicional 31.ª de la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, autoriza al Ministro de Economía y Hacienda para dispensar de la prestación de garantías cuando surja imposibilidad para hacer frente al pago de la deuda tributaria por inexistencia o insuficiencia de bienes, o cuando la ejecución inmediata pueda afectar a la capacidad productiva o al nivel de empleo de la actividad económica.

El Orden contencioso-administrativo también aplica a los actos de gestión tributaria este mecanismo de suspensión «debido al sustancial cambio que la propia Administración tributaria ha introducido en el principio de autotutela de sus actos...» (Auto de 8 de junio de 1992, Sala 3.ª, Sección 2.ª, A-5771).

(36) No parece entenderlo así el Auto de 3 de julio de 1991, Sala 3.ª, Sección 2.ª, A-7763.

(37) En el caso de la impugnación de actos tributarios, la suspensión de la ejecución del acto impugnado parece que tiene menos importancia que en los dictados en otras materias, porque sólo se discute si hay que pagar o no dinero y la garantía constituida permite, después de resuelta la impugnación, cobrar el principal y los intereses de la cantidad discutida desde que se interpuso el recurso hasta que se resolvió. Las consecuencias nocivas para el interés público son, pues, aparentemente escasas. Pero como el interés que señala el Banco de España para estos casos suele ser inferior al del mercado, los intereses que la Hacienda Pública percibe son más bajos que los que paga por la deuda pública o por cualquier otra operación pasiva, por lo que habrá una diferencia a favor del administrado y en perjuicio de la Administración, además de la que proporciona la inflación habitual. Siempre o casi siempre que se acude a la vía económico-administrativa la suspensión de la eficacia del acto impugnado representa un beneficio para el recurrente. Véase la Ley de 29 de junio de 1984, núm. 24/84, y las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

Una reacción contra la legislación general recogida en el texto parece ser el artículo 107 de la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985.

ra petición expresa de suspensión del acto o acuerdo impugnado, razonada en la integridad y efectividad del interés general o comunitario afectado, el Tribunal, si la estima fundada, acordará dicha suspensión en el primer trámite subsiguiente a la presentación de la impugnación (38). No obstante, a instancia de la entidad local y oyendo a la Administración demandante, podrá alzar en cualquier momento, en todo o en parte, la suspensión decretada, en caso de que de ella hubiera de derivarse perjuicio al interés local no justificado por las exigencias del interés general o comunitario hecho valer en la impugnación». El interés estatal, que se considera el general, y el comunitario se imponen al interés local y en la superioridad de aquéllos se justifica la suspensión de la eficacia del acto local. El Tribunal puede suspender la eficacia del acto local cuando, recurrido el acto, estime que aquélla perjudica el interés estatal o comunitario. La suspensión queda, prácticamente, al arbitrio del Tribunal (39).

En relación con el artículo 66 de la Ley 7/85, el Auto de 28 de noviembre de 1990, Sala 3.^a, Sección 6.^a (A-9306), dice que «se acordará la suspensión del acto o acuerdo de que se trate siempre que de la comparación entre el interés local y el general o comunitario afectados aparezcan como intensas las exigencias de la efectividad de los intereses general o comunitario, de tal modo que cuando dichas exigencias no aparezcan como intensas y resulten de elevada consideración los perjuicios al interés local, es cuando se podrá denegar la suspensión solicitada o dejarse sin efecto la ya acordada».

La Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985 dispone en su artículo 28.2 que el Presidente del Organismo de cuenca podrá impugnar los actos y acuerdos de los órganos colegiados del Organismo que pue-

(38) Véase el A. de 22 de enero de 1991, Sala 3.^a, Sección 6.^a, A-567.

(39) La Ley de Régimen Local, de 18 de abril de 1986, artículo 192.2, reguló el recurso de reposición contra los actos sobre aplicación y efectividad de los tributos locales y disponía que aquél «no detendrá, en ningún caso, la acción administrativa para la cobranza, a menos que el interesado solicite dentro del plazo para interponer el recurso, la suspensión de la ejecución del acto impugnado, a cuyo efecto será indispensable para solicitar la suspensión del acto impugnado, acompañar garantía que cubra el total de la deuda».

La Ley de Costas, 22/1988, de 28 de julio, incluyó un enigmático artículo, el 119, en el que lo único claro es su propósito de favorecer la suspensión de actos administrativos. Dice así: «Se declaran contrarios al interés general los actos y acuerdos que infrinjan la presente Ley o las normas aprobadas conforme a la misma, y podrán ser impugnados directamente por la Administración del Estado, autonómica o local, ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, con petición expresa de suspensión. El Tribunal se pronunciará sobre dicha suspensión en el primer trámite siguiente a la petición de la misma.» Pero si el Tribunal aplica las disposiciones sobre la suspensión de la ejecución de los actos administrativos de la LJCA no suspenderá la eficacia de estos actos. De otro lado, decidir que todo lo que infringe la Ley de Costas o las normas aprobadas conforme a las mismas es contrario al interés general es una obviedad si esta expresión se interpreta conforme a su tenor literal o una inexactitud si se quiere expresar que el interés general es un interés del Estado.

dan constituir infracción de leyes o no se ajusten a la planificación hidrológica. «La impugnación producirá la suspensión del acto o acuerdo, pero el Tribunal deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a treinta días».

Cuando el acto o acuerdo que infrinja la legislación hidráulica del Estado o que no se ajuste a la planificación hidrológica sea de la Administración hidráulica de una Comunidad Autónoma y afecte a la competencia del Estado en materia hidráulica, podrá ser impugnado por el Delegado de Gobierno en aquella «con petición expresa de suspensión por razones de interés general». «A estos efectos se considerará, en todo caso, como contrario al interés general cualquier acto o acuerdo que no se ajuste a la planificación hidrológica» (art. 16.2 de la Ley de Aguas).

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dispone (art. 140.2) que los actos de los distintos órganos del Consejo General del Poder Judicial, cuando se interponga recurso contra ellos, podrán suspenderse si su ejecución «pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, o cuando esté así establecido por la Ley», pero «las resoluciones en que se impongan sanciones de suspensión, traslado forzoso y separación sólo serán ejecutorias cuando hubieren ganado firmeza» (art. 425.7) (40).

La Ley de Medicamento de 20 de diciembre de 1990, núm. 25/1990, en su artículo 107.2 dispone que «la instrucción de causa penal ante los Tribunales de Justicia suspenderá... la eficacia de los actos administrativos de imposición de sanción».

El artículo 38 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana de 21 de febrero de 1992 ha dispuesto que las sanciones que en virtud de la misma se imponen no pueden ejecutarse hasta que no son firmes, lo que equivale a disponer que la interposición de recursos contra ellas suspende su eficacia. Esto mismo ya lo había dicho la jurisprudencia con respecto a las sanciones en general (41).

La Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, artículo 164.3, dispone que «no podrán concederse licencias de edificación hasta que sea firme en vía administrativa el acuerdo aprobatorio de la reparcelación de la unidad de ejecución». El artículo 253.1 de la misma Ley dice que «el Alcalde dispondrá la suspensión de los efectos de una licen-

(40) Incluso la Orden de 18 de julio de 1985, que desarrolla el Reglamento de Disciplina Deportiva, se permite el lujo de disponer (art. 2.º) que los recursos contra los actos que enumera (art. 3.º) suspenden su ejecutividad, si así lo solicitan los interesados directos (art. 4.º).

(41) Puede verse J. M.ª BOQUERA, «La eficacia en el tiempo de los actos administrativos», en *Estudios sobre el acto administrativo*, Cívitas, Madrid, 7.ª ed., 1993, págs. 395 y ss., y «Presunción de inocencia del hombre, presunción de legalidad del acto administrativo y tutela judicial efectiva», en *Homenaje al Profesor GARRIDO FALLA*, Ed. Complutense, 1992, vol. II, págs. 1027 y ss.

cia u orden de ejecución... cuando el contenido de dichos actos administrativos constituya manifiestamente una infracción urbanística grave». Este precepto es un residuo sin justificación lógica de una situación legal ya desaparecida. El Alcalde puede suspender las licencias que él otorga, las que concede el Ayuntamiento Pleno o la Comisión de Gobierno.

El Decreto legislativo de 24 de septiembre de 1993, núm. 1/1993, sobre el Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en su artículo 48, dispone que «la presentación de la solicitud de tasación pericial contradictoria en caso de notificación conjunta de los valores y de las liquidaciones que los hayan tenido en cuenta determinará la suspensión del ingreso de las liquidaciones practicadas y de los plazos de reclamación contra las mismas».

En diversos ámbitos de la actividad administrativa (actividad tributaria, sanciones...) o en algunos casos concretos, la suspensión del acto sólo depende de la voluntad del recurrente, bien porque se le impone la obligación de suspenderlo al órgano administrativo que deberá resolver el recurso o bien porque el recurso paraliza la ejecución del acto. El recurrente decide realmente la suspensión de la eficacia del acto administrativo, aunque no lo haga formalmente y las leyes lo disimulen.

«Pero estas excepciones —dice el Auto de 13 de mayo de 1988, Sala 4.^a— no han hecho cambiar el principio clásico de la ejecutividad inmediata de los actos administrativos, pese a haberse interpuesto contra ellos recurso contencioso-administrativo... y la suspensión sigue rigiéndose por el artículo 122.2 de la LJCA...» Esto último no será así cuando la Ley sea posterior a aquélla y se refiera concretamente a la suspensión en vía contencioso-administrativa.

VIII. CRÍTICAS AL PRINCIPIO DE LA INSUSCEPTIBILIDAD DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El poder de la Administración de crear unilateralmente e imponer consecuencias jurídicas es un medio necesario para satisfacer los fines públicos. Es lo que convierte a un sujeto en Administración pública. Pero por muchos es considerado una potestad de autotutela, un privilegio subjetivo, de la Administración. La no suspensión de la eficacia de los actos administrativos, nacida de la presunción *iuris tantum* de legalidad, también la consideran un privilegio. Algunos consideran a esta presunción técnicamente insostenible (42). Incluso

(42) Cfr. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso*, núms. 100-102 de esta REVISTA (1983), vol. II, pág. 1610.

ponen en duda la superioridad del interés público sobre el privado (43) y afirman que el poder de mando de la Administración es contrario al principio de igualdad que establece el artículo 14 de la Constitución (44). Otros soslayan la causa y sólo propugnan con razones pragmáticas la desaparición del efecto pidiendo la suspensión de la eficacia del acto administrativo cuando el particular lo impugna. Sin llegar al corazón del problema, dicen que los recursos de los particulares quedan en nada porque la Administración pública ejecuta los actos recurridos y, como se tarda mucho en obtener una decisión judicial firme sobre su legalidad, cuando la sentencia es estimatoria del recurso, las cosas muchas veces ya no pueden volver a la situación en que se encontraban antes de adoptarse la decisión recurrida o ya no existe interés en volver a ella. Para evitar esta consecuencia, no se pide la instauración de medios para resolver los recursos con prontitud, sino que la interposición de los recursos paralice la ejecución de los actos impugnados, es decir, que suspendan su eficacia. De este modo la convicción o sospecha por el recurrente de que el acto administrativo es ilegal y la interposición del recurso contra el acto, prevalecerá sobre la presunción constitucional y legal de que el acto administrativo trata de satisfacer un fin público de acuerdo con la legalidad. A un principio lógico, la insusceptibilidad de la suspensión de los actos administrativos, se opone una razón práctica derivada del mal funcionamiento de la organización judicial. Esta cruel realidad se relaciona con el derecho a la tutela judicial efectiva (45) y con el derecho a que el proceso se decida «sin dilaciones indebidas», para pedir se facilite la suspensión de la eficacia de los actos administrativos.

(43) Véase J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Veinticinco años de aplicación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa; balance y perspectivas*, núm. 95 de esta REVISTA (1981), pág. 147. Pide este autor «una reconsideración global del carácter no suspensivo del recurso contencioso» y ofrece diversas propuestas contrarias a las consecuencias de la ejecutoriedad del acto administrativo. Véase también su trabajo citado en la nota anterior.

(44) En relación con la Ley de 26 de diciembre de 1978, de la que ya hemos visto las reglas sobre la suspensión de los actos impugnados, E. LINDE PANIAGUA publicó un trabajo con el expresivo título de *La instauración del principio de igualdad entre la Administración Pública y particulares en el proceso contencioso-administrativo: La Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona de 26 de diciembre de 1978*, citado por DÍAZ DELGADO y ESCUÍN PALOP en *La suspensión de los actos administrativos recurridos en el proceso especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales*, cit., pág. 194.

(45) El artículo 24.1 de la Constitución, en conexión con el principio de igualdad del artículo 14, da pie a entender, dice J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *La influencia de la Constitución en la jurisprudencia sobre suspensión de los actos administrativos*, núm. 120 de esta REVISTA (1989), pág. 281, «que el principio general de ejecutividad de los actos ha de entenderse sustituido por el de suspensión automática o cuasi automática de los actos recurridos, salvo ciertas excepciones postuladas por la presencia de un interés público cualificado que resultará lesionado, cabalmente, por la suspensión».

También se dice que al no suspender el recurso la ejecución del acto, en muchas ocasiones, no tiene interés recurrir contra él, pues lo que interesa es evitar que, en un momento dado, la Administración pública actúe de determinada manera.

Por último, los autores partidarios de que el recurso suspenda la eficacia del acto sostienen que la Administración tiene a su alcance medios tan poderosos con respecto al administrado que con ellos puede obviar los inconvenientes para el interés público de la suspensión de los efectos del acto administrativo.

En definitiva, se propone dejar la eficacia del acto administrativo a merced de los administrados. Así ocurre cuando la interposición de un recurso paraliza la eficacia del acto impugnado o éste no se puede ejecutar antes de ser firme. El resultado será que quienes con poder administrativo atienden fines públicos verán paralizadas sus decisiones con sólo que sus destinatarios aleguen mediante los recursos que son ilegales.

En el disgusto general creado por la tardanza en la resolución de los recursos contencioso-administrativos, la fortísima presión doctrinal contra la regla de la no suspensión de la eficacia de los actos administrativos ha conseguido muchos éxitos. En primer lugar, múltiples excepciones generales reconocidas legalmente, que, además, se aplican con generosidad; en ámbitos limitados, pero cada día más numerosos, como hemos visto, la interposición de recursos suspende la ejecución del acto administrativo impugnado; por último, como veremos inmediatamente, la jurisprudencia ha establecido nuevos criterios que amplían la posibilidad de suspender los actos impugnados (46).

IX. RECIENTES CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LAS CAUSAS DE SUSPENSIÓN DE LA EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En el ambiente creado por la legislación (47) y la doctrina recordadas, no puede sorprendernos que alguna jurisprudencia se haya

(46) La insusceptibilidad de la suspensión de los actos administrativos tiene pocos defensores, pero algunos son de gran calidad: el Consejo Constitucional y el Consejo de Estado de Francia (véase *supra*, nota 25). Con respecto a la suspensión del acto administrativo, el Consejo de Estado francés, dice TSUKLITRAS, *ob. cit.*, pág. 702, «se ha encerrado en una actitud de inmovilismo, actitud que no le han podido hacer cambiar las ofensivas doctrinales, ni las iniciativas del legislador». En 1954, el Comisario del Gobierno Laurent, en sus conclusiones para el *arrêt* de 1 de octubre de 1954, *Ministre des Finances et Affaires économiques c. Crédit Coopératif foncier*, dijo: «Del hecho mismo de que se opone a un acto administrativo, la suspensión sólo puede tener carácter estrictamente excepcional.»

(47) El Auto de 3 de enero de 1991, Sala 3.ª, Sección 6.ª, A-494, cita al comenzar su razonamiento las innovaciones legislativas que propician esta tendencia. El Auto de 7 de

decidido a establecer por su cuenta excepciones a la regla de la insusceptibilidad de la suspensión del acto administrativo (48).

El TS, en Auto de 20 de diciembre de 1990, Sala 3.ª, Sección 5.ª (A-10412), ha dicho que el artículo 24 de la Constitución debe romper «toda irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos, como el de la presunción de validez de los actos de la Administración...» (49).

En relación con los actos administrativos de sanción, un buen número de sentencias, apoyándose en la presunción constitucional de inocencia que debe favorecer a todo hombre, ha afirmado que aquéllos sólo son eficaces y pueden ejecutarse cuando son firmes. Unas veces firmes, dicen, en vía administrativa (lo que es una inexactitud técnica), o sea, cuando ya se han resuelto los recursos administrativos presentados contra el acto, éstos no pueden interponerse por haber transcurrido el plazo de impugnación o la sanción ha puesto fin a la vía administrativa, y, otras veces, firmes porque ya ha recaído sobre su legalidad sentencia firme en la vía contencioso-administrativa. La consecuencia es que los recursos interpuestos contra las sanciones paralizan su eficacia hasta que, resueltos, la sanción se convierte en firme (50). Para llegar a esta conclusión se afirma, sin razones, que «la ejecutividad del acto administrativo debe ceder en favor del derecho fundamental de toda persona a ser considerado inocente en tanto una resolución firme, administrativa si no se ha acudido a la vía jurisdiccional, o judicial, en este último caso, no establezca lo contrario» (S. de 23 de junio de 1989, Sala de Revisión, A-1577 de 1991).

marzo de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, A-1772, se refiere y muestra los datos legislativos de «una tendencia de progresiva reducción en su alcance y eficacia» de la inmediata ejecutividad de los actos administrativos en razón de la presunción inicial de su legalidad y, «a pesar de la línea normativa antes expuesta», se ve en la necesidad de no suspender el acuerdo recurrido en un proceso sujeto a las normas genéricas de la LJCA.

(48) También, a veces, sin preocuparse de formular una excepción se decide la suspensión. El Auto de 16 de noviembre de 1983, Sala 4.ª, A-6052, dice que «resulta evidente que, si bien ningún perjuicio de imposible o difícil reparación podía seguirse para el administrado por consecuencia de repetida ejecución inmediata», como ya la había suspendido la Administración y «mucho menos podía sospecharse que de la contraria suspensión se podría originar lesión alguna para el interés general y público (...), como, sin duda, la propia Administración al menos implícitamente había entendido al acordar aquella...», procede mantener la suspensión. Resulta comprensible la actitud adoptada por este Auto: si la Administración suspendió su acto, ¿por qué el Juez va a decidir que se ejecute? El mal arranca de la decisión de la Administración, pero la defensa de la legalidad debiera haber llevado al levantamiento de la suspensión.

(49) De este mal llamado privilegio deriva otro que el Auto de 20 de diciembre de 1990 denomina «privilegio de autoejecución».

(50) Véanse razones en contra de la tesis recordada en el texto en J. M.ª BOQUERA, «La eficacia en el tiempo de los actos administrativos», en *Estudios sobre el acto administrativo*, cit., págs. 395 y ss., y en «Presunción de inocencia del hombre, presunción de legalidad del acto administrativo y tutela judicial efectiva», en *Homenaje al Profesor GARRIDO FALLA*, cit. Con respecto a la influencia que en Francia ha tenido el conferimiento de poder sancionador a las Administraciones públicas independientes sobre la suspensión de las sanciones, véase TSIKLITIRAS, *ob. cit.*

Un paso decisivo en la ampliación de la posibilidad de suspender los actos administrativos dio el Auto de 20 de diciembre de 1990 que suspende el acto administrativo impugnado, y ésta es su primera afirmación al respecto, porque su ejecución «conlleva perjuicios graves para los recurrentes» (51) y «no consta qué tipo de perjuicios ni para el interés público ni para terceros pueden seguirse de la no ejecución, la suspensión debería haberse acordado simplemente con aplicar literalmente el artículo 122 de la LJ». Aprecia, en segundo lugar, que el derecho del recurrente parece conforme a la legalidad y esto le sirve para reforzar su conclusión. La Sala olvida la exigencia legal de que el perjuicio sea de imposible o difícil reparación y entiende que resulta suficiente para suspender el acto que el perjuicio sea grave para el recurrente, que no conste que la suspensión perjudica al interés público o a terceros y que el Tribunal tenga la impresión de que el recurrente tiene razón. Sin embargo, reconoce que «la suspensión debería haberse acordado simplemente con aplicar literalmente el artículo 122 de la LJ». A pesar de esto, inventa una nueva causa para la suspensión del acto: la gravedad de los perjuicios que el acto administrativo ocasiona al recurrente. Evidentemente, no es lo mismo perjuicio de imposible o difícil reparación que perjuicio grave, aunque se piense que no debe suspenderse el acto que leve, pero irreparablemente, perjudique al recurrente. También se cierran los ojos a un hecho evidente: la presunción de satisfacer un fin público acompaña a cada acto administrativo y suspender su ejecución equivale a paralizar la satisfacción de este fin, conste o no conste.

En Francia e Italia la fórmula legal es «perjuicio grave e irreparable» (52). La irreparabilidad parece incluir la gravedad (53), pero literal y rigurosamente no es así. Los Autos de 28 de marzo de 1988 y 16 de noviembre de 1989 (A-8306) dicen que «cuando las exigencias de ejecución que el interés público presente son tenues, bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia sea de gran intensidad, sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión en su caso».

Esta nueva excepción al principio de la insusceptibilidad de la suspensión del acto administrativo la fundamenta el TS —dice— en una interpretación amplia del artículo 122 de la LJCA desde el dere-

(51) Estos eran propietarios de unas cuerdas para ganado ovino y «viven de la explotación de esas naves», por lo que al ordenar el cese de la actividad que en ella llevan a cabo se les perjudica gravemente.

(52) Cfr. C. CHINCHILLA MARÍN, *ob. cit.*, pág. 42.

(53) El Auto de 20 de diciembre de 1990 dice «que la ejecución del acto conlleva perjuicios graves para los recurrentes... .. la suspensión debería haberse acordado simplemente con aplicar literalmente el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción...».

cho constitucional a una tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE). Este, según el citado Auto, es un «derecho de contenido complejo» (54). Pero también sugiere que suspende el acto para que no se frustre la finalidad que la Sentencia puede decidir que se consiga. Si es así, volvemos al artículo 122.2 de la LJCA interpretado conforme a sus palabras aunque se empleen otras palabras, pues de no proceder a la suspensión resultará imposible reparar las consecuencias de la materialización de los efectos del acto administrativo. Si esto es así, todas las demás y nuevas razones sobran (55).

El Auto de 20 de diciembre de 1990 también tiene en cuenta, según dice, para suspender la eficacia del acto impugnado que el derecho del recurrente parece conforme a la legalidad. De este argumento nos ocuparemos después. Ahora queremos adelantar que no conocemos ningún Auto del Tribunal Supremo que suspenda el acto administrativo impugnado aduciendo únicamente la apariencia de buen derecho del recurrente.

En la jurisprudencia ha apuntado también una ampliación de la suspensión jurisdiccional de los actos administrativos mediante la adopción de medidas provisionalísimas o precautelares. Adopción de medidas sin cumplir los trámites del artículo 123 de la LJCA, para preservar la efectividad de la resolución que recaiga en el incidente de suspensión. Así lo ha hecho el Auto de 2 de noviembre de 1993 acudiendo, en virtud de la supletoriedad de la LEC, al artículo 1428 de esta Ley. Tres magistrados formularon un voto particular muy interesante en contra de la tesis de la sentencia (56).

X. EL OLOR A ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO COMO CAUSA DE SUSPENSIÓN DE SUS EFECTOS

A partir del Auto de 20 de diciembre de 1990, el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA ha dado un fuerte empujón para disminuir las conse-

(54) El Tribunal Supremo, en su S. de 16 de marzo de 1987, Sala 5.ª, dice que «enseñan las sentencias del Tribunal Constitucional, que nos es obligado afirmar que el derecho de tutela judicial queda sólo en que lo ejecutado pueda ser sometido a la decisión de un juez, y nada más...».

(55) Se ha dicho que el artículo 25 de la Constitución ha derogado al artículo 122 de la LJCA. No lo ha derogado porque este precepto tiene ahora su fundamento en los artículos 97, 103 y 106 de la Constitución. El Auto de 20 de diciembre de 1990 sólo entiende que «los estrechos límites del artículo 122 de la LJCA tiene hoy que entenderse ampliado por el expreso reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva... que implica... el derecho a una tutela cautelar».

(56) Véase M. LAFUENTE BENACHES, *Ampliación de las medidas cautelares: La aplicación del artículo 1428 de la LEC al proceso contencioso-administrativo*, «Revista General del Derecho», núm. 596, 1994, págs. 4983 y ss.

cuencias de la regla de la insusceptibilidad de suspensión de los actos administrativos.

Cuando al Juez le parece que el recurrente tiene razón y, además, se corre el riesgo de que la ejecución del acto impugnado «frustre —dice GARCÍA DE ENTERRÍA (57)— la tutela efectiva que corresponde otorgar a la Sentencia final», el Orden jurisdiccional contencioso-administrativo puede suspender la eficacia del acto impugnado. Hasta aquí estaríamos en la posición inicial y natural de suspender los efectos del acto cuando resulte imposible, si éste se anula, reparar las consecuencias de su ejecución reforzada por la apariencia del buen derecho del recurrente. Pero después GARCÍA DE ENTERRÍA afirma (58) que la motivación de las medidas cautelares «no puede venir más que de un anticipo provisional y sumario del posible sentido de» la Sentencia, por lo que el *fumus boni iuris* o la «apariencia del buen derecho» del recurrente debe ser causa suficiente para suspender el acto administrativo (59). Propone el olvido de los límites naturales y legales de la ejecutoriedad del acto administrativo y su sustitución por una nueva causa de suspensión: la apariencia de buen derecho del recurrente. Si bien en un trabajo posterior (60) entiende que ésta debe «consistir en una “justificación inicial” de la pretensión ejercitada, precisamente», y que se tiene derecho a obtener la tutela cautelar cuando «peligra la efectividad de la tutela final del fondo del asunto» si aquélla no interviene. Este peligro existe cuando resulta imposible reparar las consecuencias de la ejecución del acto, aunque GARCÍA DE ENTERRÍA entiende que sería suficiente «un simple demérito».

El Auto de 20 de diciembre de 1990, que el autor citado comenta, no fundamenta su decisión, como hemos visto, en la «apariencia de buen derecho» del recurrente, pero dice que la apariencia de buen derecho, «aun siendo sólo eso, basta en un proceso cautelar para otor-

(57) *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: La recepción del principio de «fumus boni iuris» (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general*, «REDA», núm. 69 (1991), pág. 69.

(58) *Ob. cit.*, pág. 76.

(59) El Auto de 20 de diciembre de 1990 manifiesta que la «apariencia, aun siendo sólo eso, basta en un proceso cautelar para otorgar la protección provisional solicitada»; «lo que se advierte *prima facie*, ... es una apariencia —apariencia, insistimos— de buen derecho». SERRA DOMÍNGUEZ, citado por CHINCHILLA (*ob. cit.*, pág. 45), dice que es indispensable que el derecho que se pretende cautelar aparezca como probable, con una probabilidad cualificada. La adopción de la medida cautelar sólo es posible en cuanto aparezca como jurídicamente aceptable la posición material del solicitante. Según GARCÍA DE ENTERRÍA, *Novedades sobre los procesos en el conflicto de pesca anglo-español*, «REDA», núm. 64 (1989), pág. 601, el «humo de buen derecho» se aprecia por un juicio objetivo, mediante la aplicación de criterios jurídicos perfectamente objetivables. La relatividad de la fórmula es, pues, grande.

(60) *Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo*, *cit.*, pág. 630.

gar la protección provisional solicitada». GARCÍA DE ENTERRÍA (61) relaciona esta propuesta o sugerencia judicial con la demora ordinaria de los procesos para concluir que esto obliga a aplicar la tutela cautelar «generalizándola virtualmente sobre el solo criterio de la “apariciencia de buen derecho”».

La tesis expuesta se apoya sobre la base, que algunos Autos califican de principio general del Derecho (62), de que «quien tiene razón no puede resultar perjudicado por el proceso que necesita para que se le reconozca esa razón» (63). Esta frase se asienta sobre dos afirmaciones rechazables. Primera, antes de dictarse la sentencia ya se sabe quién tiene razón. Segunda, el proceso para saber quién tiene razón puede perjudicar.

Apenas iniciado el proceso, planteada una cuestión incidental, ya se sabe y se dice «quién tiene razón» (64). El proceso necesario para que se le reconozca la razón a quien la tiene sólo sirve para ratificar o rectificar lo decidido al adoptar la medida cautelar. La Sentencia ratifica o rectifica la decisión que sobre el fondo adoptó el Auto que resolvió sobre la adopción de la medida cautelar (65). Esto no es así. Sólo la Sentencia dice quién tiene la razón (66).

(61) *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares...*, cit.

(62) Autos de 20 de diciembre de 1990 y de 3 de abril de 1991, Sala 3.ª, Sección 5.ª, A-3433. Con mayor exactitud, GARCÍA DE ENTERRÍA —*Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo*, «REDA», núm. 67 (1992), pág. 628— lo denomina apotegma.

(63) Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Sentencia Factortame (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, «REDA», núm. 67 (1990). El aforismo es utilizado por el Abogado general en sus conclusiones para dicha Sentencia.

(64) El Auto de 17 de marzo de 1992 corrige la formulación del llamado principio del siguiente modo: «La iniciación de un proceso, no puede perjudicar a quien lo entabla (y puede estar asistido de la razón) por causa del retraso en obtener una sentencia definitiva.» Antes, al resumir la doctrina sobre medidas cautelares, manifiesta que «en el momento en que se solicita la medida, en el que no puede decidirse si el derecho esgrimido existe, y por ello, si el sujeto activo lo ostenta frente al sujeto pasivo, todo ello vendrá resuelto por la sentencia definitiva, pero mientras tanto, los ciudadanos tienen derecho a que se respete su situación actual...».

(65) «Esta nueva doctrina —dice E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Nuevas medidas cautelares «positivas»: La imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento, eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho*, núm. 126 de esta REVISTA (1991), pág. 298— se está articulando resueltamente como la dispensa de una tutela provisional e inmediata a quien es capaz de exhibir inicialmente “una apariencia de buen derecho” o *fumus boni iuris*, tutela sin fuerza de cosa juzgada, como es natural, y a reserva de la ulterior Sentencia sobre el fondo, pero que en la práctica viene con toda frecuencia a facilitar —por satisfacción extraprocesal de la pretensión por la Administración, una vez que ha comprobado la inicial apreciación del Tribunal sobre la falta de apariencia de buen derecho en su posición, o por desistimiento por parte del actor a quien se deniega esa apariencia— la eliminación de un buen número de recursos abusivos o inútiles, en los que aparece una verdadera “perversión del proceso” convertido de hecho en un instrumento de la injusticia.»

(66) Véase C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Cívitas, Madrid, 1991, pág. 27.

El proceso puede perjudicar a quien tiene la razón. ¡Naturalmente! Si se sabe al comenzar el proceso quién tiene la razón, continuarlo sólo es un incordio, un mal para el recurrente. El proceso, rectamente entendido, es el medio para averiguar en dónde está la verdad jurídica; quién tiene la razón en el limitado mundo en el que los hombres nos desenvolvemos. El proceso no es un perjuicio, sino una molestia inevitable que pone a cada uno en su sitio (67).

«No será nada excepcional —dice GARCÍA DE ENTERRÍA (68)— que una Administración a la que han privado de la formidable ventaja de su decisión previa abandone el proceso o busque fórmulas de acuerdo con su contrario. También que el recurrente que no obtenga una estimación inicial de “apariencia de buen derecho” en su pretensión, desista de mantener ésta. La “justicia provisional” habrá operado su virtud disuasoria contra el mantenimiento de procesos inútiles y, en el fondo, abusivos», lo que producirá una «mejora sustancial del estado crítico de nuestra justicia administrativa...». ¿Cómo se sabe que un proceso es inútil o abusivo si no llega a dictarse la sentencia que es su objetivo? Declarar la apariencia o la falta de apariencia de buen derecho del recurrente no supone, evidentemente, juzgar el fondo del asunto, pero sí un pre-judicio sobre éste. Prejuicio que puede llevar a no continuar el proceso que constituye, según se dice muchas veces, la garantía máxima de los derechos de los particulares y del mismo Estado de Derecho (69). De este modo se desconoce la regla de que no debe basarse la decisión de un incidente en argumentos que vengan a prejuzgar la solución del proceso principal (A. de 20 de junio de 1990, Sala 3.ª, Sección 6.ª, A-5213). No debe convertirse la medida cautelar en sentencia definitiva (70). Con la aplicación del

(67) El Auto de 20 de diciembre de 1990 considera que la Sentencia de la Sala 3.ª de 20 de marzo de 1990 (apelación 2580/86) afirma que «el administrado no deberá sufrir perjuicio alguno por consecuencia de una actividad de la Administración que la revisión judicial declara ilegal» y que esto es lo mismo que sostener que «la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien tiene razón». No es así. La Sentencia firme dice lo que debe conseguirse después que ha declarado que un acto es ilegal, mientras que con el citado apotegma se pretende justificar la suspensión de la eficacia de un acto que se presume legal.

(68) *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares...*, cit., pág. 83.

(69) GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.*, pág. 82.

(70) La «instrumentalidad» se considera característica esencial de la tutela cautelar (véase CHINCHILLA MARÍN, *ob. cit.*, pág. 332) —la tutela cautelar no hace justicia, sino garantiza la eficacia del funcionamiento de la justicia— y se desnaturaliza si con ella se hace justicia. El Auto del TC, Sala 2.ª, de 21 de julio de 1992 dice que «el otorgamiento de la suspensión solicitada entraña algo más que una simple suspensión de la ejecución e implica de hecho un otorgamiento, siquiera sea provisional, del amparo, a la vez que una resolución, también provisional y favorable a los recurrentes, del litigio sometido a instancias judiciales, respecto del cual, en una eventual concesión del amparo, habrán de pronunciarse de nuevo los órganos judiciales ordinarios. Así la medida cautelar que de nosotros se insta se transformaría en una estimación anticipada de la pretensión de amparo y, durante la tramitación de este recurso, de las pretensiones de los recurrentes en el proceso

fumus boni iuris el estado crítico de nuestra justicia administrativa puede mejorar porque los procesos contencioso-administrativos se convierten en juicios sumarísimos. De otro lado, la suspensión siempre perjudica al interés público que el acto administrativo persigue y sólo al dictarse sentencia puede saberse que el acto no satisface un fin público.

XI. «FUMUS MALI ACTI»

La propuesta examinada en el apartado anterior tiene la fuerza del formidable prestigio de su autor y la excelente manera como la presenta, pero tiene graves inconvenientes. Estos se aprecian mejor si la cuestión se ve desde la perspectiva del acto administrativo. El acto se suspende porque, según el Juez, tiene el aire de ser ilegal (*fumus mali acti*) (71). El olor a ilegalidad del acto administrativo percibido por el Juez justifica la paralización de sus efectos dirigidos a satisfacer un fin público de acuerdo con las leyes. La presunción de la Constitución y de las leyes de que el acto es conforme con el Ordenamiento jurídico la destruye el Juez con sólo oler (intelectualmente) que aquélla es errónea o falsa (72). Esto subvierte el primero de los principios fundamentales del Derecho administrativo: el acto administrativo debe ser considerado legal mientras no quede demostrado lo contrario (73). También rompe la relación existente entre los Po-

a quo, en lugar del designio que es propio de una tal pretensión incidental, consistente en evitar un perjuicio que haga perder al recurso de amparo su finalidad (AATC 503/1983, 811/1985)».

(71) GARCÍA DE ENTERRÍA —*La aplicación de la «apariencia de buen derecho» como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos*, núm. 125 de esta REVISTA (1991), pág. 421— dice que «el Tribunal en base a un simple *fumus* o apariencia de ilegalidad» suspende la eficacia del acto.

La STC de 29 de abril de 1993 dice que «la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (*fumus boni iuris*)...», es decir, la apreciación del buen derecho del recurrente ya presupone la ilegalidad del acto administrativo.

(72) Antes de resolver el fondo del asunto, el Juez ya tiene una impresión sobre quién tiene la razón y por eso suspende la ejecución del acto. Además, antes de dictar sentencia, priva a los actos administrativos, como dice el Auto de 3 de abril de 1991, Sala 3.ª, Sección 5.ª, A-3423, «de la presunción de validez en que se asienta la ejecutividad, y trasladan a los recurrentes la apariencia de buen derecho que les confiere el de obtener una tutela cautelar eficaz...».

(73) El que la apariencia de buen derecho de los recurrentes justifique la suspensión del acto recurrido ha llevado al Auto de 3 de abril de 1991, Sala 3.ª, Sección 5.ª (A-3423), a adoptar esta medida cautelar porque estima debe otorgarse «a quien en principio ostente el *fumus boni iuris*» y porque «la obtención futura y dilatoria del reconocimiento de su presumible razón, no les supondría una entera satisfacción de sus legítimas pretensiones, por más que fuesen posteriormente resarcidos de sus daños y perjuicios». La imposibilidad de resarcir el daño con una indemnización es lo que hace que éste sea de imposible reparación.

deres constituyente, legislativo y judicial, pues este último impone su impresión a la presunción de los primeros.

El proceso contencioso-administrativo, como dijo HAURIOU, es una especie de proceso penal en el que el acto administrativo es el procesado. Cuando el Derecho administrativo se concibe como el Estatuto de la Administración pública y el poder administrativo como un simple medio para la autotutela de ésta, se puede llegar a convertir el proceso contencioso-administrativo en una especie de proceso civil en el que una de las partes es la calificada de Administración pública. La justificación de la suspensión de la eficacia del acto administrativo en la apariencia de buen derecho del recurrente contribuye a alterar el sentido clásico del contencioso-administrativo. GARCÍA DE ENTERRÍA (74) ha afirmado que el Auto de 20 de diciembre de 1990 marca «una verdadera época nueva en nuestro contencioso».

Desvirtuar la esencia de los actos administrativos no remediará la situación de nuestro contencioso-administrativo, consecuencia de la lamentable y socialmente injustificada larga duración de los procesos, sino que lo deshará, dejará de ser el orden jurisdiccional encargado de juzgar a los actos administrativos. El mal humor reinante por el retraso en la resolución de los recursos contencioso-administrativos no debe aprovecharse para subvertir un principio fundamental del Derecho administrativo (75). Los juristas deben defender la regla esencial y tratar de remediar los inconvenientes de su aplicación, aunque éstos nazcan de una realidad que ellos no pueden cambiar. La solución razonable será reducir los inconvenientes sin subvertir el principio. Esto no ocurrirá si todos tiran de la cuerda en el mismo sentido. La teoría jurídico-administrativa debe defender el principio, pues de suavizarlo se encargarán los Jueces, con la ayuda de los Abogados, cuando apliquen el Derecho vigente (76).

(74) *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares...*, cit., págs. 66 y 69.

(75) Los Autos de 17 de enero y de 10 de julio de 1991 dicen que «la larga duración del proceso reclama que ese control de la ejecutividad se adelante en el tiempo al que en la sentencia se lleva a cabo sobre el fondo del asunto».

(76) «Las valoraciones doctrinales sobre la suspensión —dicen J. DÍAZ DELGADO y V. ESCUÍN PALOP, *ob. cit.*, pág. 193— están sesgadas por el predominio de una óptica propia del ejercicio de la abogacía.» SANTAMARÍA PASTOR, en *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, cit., pág. 423, afirma que «desde el solo punto de vista del control de la legalidad de los actos administrativos, la operatividad del artículo 116 (de la LP de 1958) está en manos de la conciencia cívica y de la buena fe de los funcionarios y autoridades». Hay que ilustrar esta conciencia desde los principios.

XII. LA JURISPRUDENCIA CONFORME CON LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y LA CONSTITUCIÓN

A pesar de las presiones descritas, no faltan afirmaciones judiciales muy acertadas.

La STC 238/1992, de 17 de diciembre, dice que «la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde así a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el artículo 24.1 de la CE) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación *irreversible* de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento».

El Auto de 3 de enero de 1991, antes citado, dice que el artículo 122 de la LJCA «sigue teniendo plena vigencia en cuanto norma general y no excepcional, cuya desaparición *de facto*, como parece llegar a aventurarse por algunos, daría lugar a la paralización general de la Administración» (77). Es «absolutamente necesaria la acreditación precisa de los daños o perjuicios que se aleguen así como su irreparabilidad o dificultad de reparación; o, al menos, ante la inexistencia de un período procesal de prueba, la alegación razonable y lógica de tales daños o perjuicios», y hay que armonizar los intereses para decidir la procedencia o improcedencia de la suspensión, «pero teniendo en cuenta, en todo caso, que el interés general tiene una significación prioritaria y trascendental para denegar la suspensión o para acordarla con mayor o menor amplitud según el grado en que tal interés público esté en juego» (78).

El acto no puede suspenderse sólo porque al Juez, antes de dictar sentencia, le parezca ilegal o, dicho de otro modo, porque le parezca que el recurrente tiene razón o un buen derecho. El Auto de 28 de noviembre de 1990, Sala 3.ª, Sección 6.ª (A-9306), dice «que esta Sala viene declarando con reiteración que en la pieza de suspensión no pueden ser analizadas cuestiones que aludan a la legalidad del acto de que se trate por referirse al fondo del asunto a analizar en los au-

(77) El TC, en su Auto de 29 de marzo de 1990, en relación con el artículo 56.1 de su Ley Orgánica, dice que la concurrencia de la circunstancia a la que este precepto se refiere es «la única que justifica la perturbación del interés general que toda suspensión comporta y que obliga a considerar ésta siempre como una medida excepcional».

(78) En tono polémico, el Auto termina diciendo que «en extracto la expuesta es la doctrina jurisprudencial sobre la materia —Autos de 10 de abril, de 25 de febrero y 10 de octubre de 1987; 21 de marzo y 15 de julio de 1988; 8 de febrero y 6 y 10 de abril de 1989; 6 de marzo y 17 de octubre de 1990—».

tos principales». El Auto de 9 de febrero de 1993, Sala 3.^a, Sección 5 (A-523), dice que «la doctrina del *fumus boni iuris*... ha de ser examinada con extrema cautela para no incurrir en equívocas incursiones en el fondo del asunto. Las alegaciones sobre la larga duración de los procesos; la supuesta confrontación entre el artículo 24 de la Constitución y el artículo 122 de la LJCA; la supuesta crisis de la invocación del “interés público”, etc., no pueden dar lugar a que una tramitación simple, sin siquiera período de prueba, en una pieza separada, pueda, casi, dilucidar anticipadamente el fondo del asunto, sustrayéndolo en cierto modo del espacio procesal en que ello debe hacerse» (79).

También tenemos decisiones judiciales que crean confusión, como el Auto de 10 de julio de 1991, Sala 3.^a, que, después de afirmar que la doctrina surgida de los Autos de esta Sala de 20 de diciembre de 1990 y 17 de enero de 1991 «establece un nuevo motivo de suspensión» con fundamento en el artículo 24.1 de la Constitución y de hablar de la «nueva interpretación de las medidas cautelares del artículo 122», suspende la ejecución de un reglamento porque puede «ocasionar evidentes perjuicios de muy difícil, por no decir imposible, reparación» a las empresas recurrentes que corren «peligro de desaparición» si no se paraliza la eficacia del reglamento y que la suspensión no afectará al interés público. Además, en el caso, añade el Auto, «existe también... una apariencia de buen derecho bastante para suspender por este motivo la disposición..., ya que sin prejuzgar en modo alguno la cuestión de fondo suscitada en este proceso, se alega por los recurrentes una nulidad de pleno derecho de la precitada norma, que no tiene la necesaria cobertura legal...». Pero el reglamento no se suspende por esto, sino por aplicación estricta de lo que dispone el artículo 122 de la LJCA (80). En definitiva, la resolución del Auto se sitúa en lo que el mismo denomina «doctrina general» en esta materia de la suspensión de la ejecución de los actos administrativos impugnados en el proceso contencioso-admini-

(79) En el Auto citado en el texto existen otras afirmaciones que resultan expresivas de la actual situación del problema que nos ocupa. No se resiste a decir que el escrito de alegaciones de la parte apelante «más parece un escrito de demanda»; que la Ley 30/92 aumenta las causas de nulidad de los actos administrativos, pero «invoca la protección del interés público y la eficacia de la resolución impugnada (arts. 61, 111 y 138)». Sin embargo, finalmente aplica la doctrina del *fumus boni iuris* y si no suspende la eficacia del acto impugnado es porque no aprecia, con la claridad y probabilidad mínimamente exigibles, la apariencia de buen derecho que justificaría la suspensión del acto administrativo.

(80) El Auto de 10 de julio de 1991 no suspende la eficacia del reglamento «en base a un simple *fumus* o apariencia de ilegalidad», ni la referencia a «los perjuicios irreparables» es sólo alusión «a la urgencia de otorgar la suspensión solicitada». En contra puede verse E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La aplicación de la «apariencia de buen derecho» como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos*, núm. 125 de esta REVISTA (1991), págs. 412 y 417.

nistrativo, pero su redacción defiende la nueva «doctrina especial» y reitera la declaración de que una «apariencia de buen derecho» es «bastante para provocar la suspensión», lo que parece ser un brindis al sol en busca del aplauso (81).

Tampoco es congruente que se diga que el artículo 122 de la LJCA requiere una nueva exégesis para acomodarlo al artículo 24 de la Constitución y se concluya que la tutela cautelar mediante la suspensión del acto administrativo ha de otorgarse a quien en principio ostente el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho (Auto de 19 de diciembre de 1992, Sala 3.ª, Sección 5.ª, A-310) (82). Esta nada tiene que ver con el artículo 122 de la LJCA. La apariencia de buen derecho es otra cosa.

(81) El Auto de 16 de julio de 1991, Sala 3.ª, Sección 4.ª, A-6170, también suspende la ejecución del acto por darse el supuesto de la difícil reparación previsto en el artículo 122.2 de la LJCA y después se complace en resumir la nueva doctrina sobre la suspensión por el *fumus boni iuris*. Este Auto suspende el acto porque su ejecución inmediata ocasiona unos daños y perjuicios ordinariamente difíciles de reparar, por la reciente doctrina de la Sala de que la tutela cautelar ha de otorgarse a quien en principio ostente el *fumus boni iuris* y porque una sentencia no firme «pone en entredicho la presunción de validez de los actos impugnados en que se asienta su ejecutividad y traslada a la sociedad recurrente la apariencia de buen derecho...». El Auto de 17 de marzo de 1992 primero se refiere a la apariencia de buen derecho y después a la producción en el caso de autos de daños de reparación imposible o difícil.

E. COCA VITA —*A vueltas con la suspensión de la ejecución de actos administrativos recurridos: Últimas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales*, núm. 127 de esta REVISTA (1992), págs. 246 y ss.— dice: «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 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 daño irreparable y 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.»

(82) Este Auto aún termina diciendo que «suspende al acto porque la obtención futura y dilatoria del reconocimiento de su presumible razón no le supondría una entera satisfacción de sus legítimas pretensiones», aunque fuese resarcido de sus daños y perjuicios (imposibilidad o dificultad parcial de reparación).

XIII. LA SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

Creemos puede afirmarse que la presión en favor de la suspensión de la eficacia de los actos administrativos no ha influido tanto como era de temer sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992, aunque ésta ha aumentado las posibilidades de suspender la eficacia de las resoluciones administrativas. Esta Ley ha reiterado (art. 111.1) que «la interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado». No creemos que habilite a los reglamentos (aunque no dice leyes, sino «disposición») para que permitan que la interposición de un recurso paralice la eficacia del acto administrativo. Con su fórmula respeta todas las disposiciones legislativas que así lo hacen. Sólo las leyes, si se entendiera que ello no es contrario a la Constitución, pueden hacer excepción a dicho precepto de la LAP.

Con respecto a las excepciones a la regla de la no suspensión de la ejecución del acto, repite en su artículo 111.2 las de la Ley de Procedimiento de 1958 y ha explicado lo que estaba implícito en la legislación anterior: «... el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto recurrido, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación. b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de esta Ley». Los supuestos de nulidad han aumentado en la Ley 30/92 con respecto a la legislación anterior, con lo que también han aumentado por esta causa las posibilidades de suspensión de la eficacia de los actos administrativos.

Esta Ley permite la suspensión de la ejecución del acto administrativo contra el que se ha iniciado un procedimiento de revisión de oficio cuando aquélla «pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación» (art. 104). También hace posible la suspensión del acto presunto de la Administración cuando recurrido y solicitada la suspensión transcurren treinta días sin resolución expresa (art. 111.4). Esta es una suspensión *ex lege* por el continuado silencio de la Administración pública.

El artículo 138.3 de la Ley 30/92 permite la suspensión de los actos de sanción con la sola presentación contra ellos de un recurso administrativo ordinario, cuando éste sea posible, pues dice que «la resolución (del procedimiento sancionador) será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa». No se paralizará la ejecución de la sanción cuando la imponga un órgano administrativo que carezca de superior jerárquico —art. 109.c)—, lo que suele ser lo habitual, porque habrá puesto fin a la vía administrativa y contra ella no cabe recurso administrativo ordinario. Realmente, el artículo 138.3 de la LAP restringe las posibilidades de suspender la ejecución de sanciones que había abierto la jurisprudencia (83). Además, el último párrafo de este precepto dispone que «en la resolución se adoptarán, en su caso, las disposiciones cautelares».

XIV. RÉGIMEN DE LA SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Podemos resumir la regulación vigente de la suspensión de los actos administrativos de la manera siguiente:

La Administración pública y los Jueces pueden suspender cualquier acto administrativo: 1.º *Cuando impugnado*, se aprecia que la ejecución del acto puede ocasionar un daño de *imposible* o *difícil* reparación (84). 2.º *Cuando impugnado*, la impugnación se fundamenta en que el acto es *nulo de pleno derecho*. Ante la autoridad que debe resolver el recurso administrativo o ante la Sala de lo contencioso-administrativo, el recurrente puede alegar que la ejecución del acto impugnado puede ocasionarle un daño de imposible reparación, de difícil reparación o simplemente que el acto es nulo de pleno derecho. La Administración, interpuesto el recurso, también puede de oficio considerarlo así.

En principio, la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo no suspende la eficacia del acto administrativo, pero resulta necesaria para que la autoridad competente para resolverlo, si estima justificado el temor del particular o aprecia indi-

(83) Véanse los trabajos citados en la nota 42. Sobre las consecuencias de esta doctrina, véase E. COCA VITA, *ob. cit.*, pág. 248.

(84) El que el daño sea irreparable o de difícil reparación es circunstancia que, conforme al artículo 1214 del Código Civil, debe acreditar el solicitante (Auto de 9 de julio de 1991, Sala 3.ª).

Cuando el recurrente alega consecuencias de reparación imposible o de muy difícil solución —dice la S. de 14 de diciembre de 1989, Sala 3.ª, Sección 8.ª, A-8780— es necesario que aporte las pruebas de su existencia. Los daños de imposible o difícil reparación pueden ocasionarse «a terceros ajenos al litigio, pérdida de puestos de trabajo o quebranto a los intereses de la economía nacional» (Auto de 8 de junio de 1992, cit.).

cios racionales de que el acto es nulo de pleno derecho, pueda ordenar su suspensión hasta que resuelva el recurso. En el supuesto de que se desestime el recurso, se ejecutará el acto con todas sus consecuencias, es decir, como si no hubiera sido suspendido.

No vale la sola afirmación de que los daños van a ser irreparables. Es necesario expresar las razones de dicha afirmación (Auto de 28 de noviembre de 1990, Sala 3.^a, Sección 6.^a, A-9306).

Cuando se pretenda la suspensión de la ejecución del acto impugnado por estimar que padece vicios de nulidad de pleno derecho, habrá que argumentar que el acto queda comprendido en alguna o algunas de las causas de nulidad previstas en las leyes y aportar pruebas de los indicios de los mismos. Los Jueces, dice el Auto de 20 de marzo de 1990, Sala 3.^a, Sección 6.^a (A-2242), suspenderán el acto por esta causa «cuando de los datos que se aporten a la pieza de suspensión... aparezca con absoluta claridad la concurrencia de la alegada nulidad de pleno derecho», «dado que el examen de dicha nulidad pertenece al fondo del asunto, a examinar, por tanto, en los autos principales» (85). Si se aplica la tesis del Auto citado, cuando la Administración tramita un recurso administrativo la suspensión por esta causa no tiene sentido, porque, apreciado que el acto es nulo de pleno derecho, aquélla estimará el recurso. En el proceso contencioso-administrativo tampoco parece razonable que para la suspensión deba apreciarse con absoluta claridad que el acto es nulo de pleno derecho y después se continúe el proceso para decidir al final del mismo que el acto es nulo de pleno derecho (86). Más bien lo que parece necesario es que esta causa de suspensión aparezca de manera manifiesta, sin necesidad de exégesis y cuidadoso estudio. El Auto de 9 de febrero de 1993, Sala 3.^a, Sección 5.^a, A-523, dice que como esta alegación supone una clara invitación a entrar con mayor o menor profundidad en el fondo del asunto que se debate, «debe presentar una nulidad que sea ostensible, patente, evidente a todas luces, para que pueda ser considerada causa de suspensión del acto». Creemos que en una y otra vía será suficiente apreciar indicios racionales manifiestos de nulidad de pleno derecho.

Se puede solicitar la suspensión del acto impugnado cuantas veces se estime procedente, pero, como dice el Auto de 17 de septiem-

(85) El Auto de 3 de enero de 1991, Sala 3.^a, Sección 6.^a (A-494), dice rotundamente: la alegación de nulidad de pleno derecho del acto es siempre integrante del fondo del asunto y «no cabe razonar sobre la misma en un incidente de suspensión; salvo que se mostrase tal nulidad como algo tan ostensible y llamativo que resultase evidente a todas luces».

(86) El Auto de 3 de enero de 1991, Sala 3.^a, Sección 6.^a (A-494), dice que la alegación de la nulidad de pleno derecho no priva a los Tribunales de la facultad de decisión con arreglo al artículo 122 de la LJCA.

bre de 1992, «preciso es que se aduzcan por el solicitante-recurrente datos surgidos en la realidad tras la anterior denegación, que pongan de relieve ante el Tribunal circunstancias que antes no pudiera éste tener en cuenta para aplicar el artículo 122.2...».

La jurisprudencia constantemente dice que acordar o no la suspensión de la ejecución del acto en los casos previstos por las leyes es una facultad de quien tiene que resolver el recurso. También ha recordado muchas veces que la suspensión de la ejecución de un acto administrativo es una excepción al principio general de la no suspensión de la eficacia del acto administrativo, una medida excepcional, y, como tal, debe interpretarse estricta o restrictivamente (87). Pero si se dan los motivos de suspensión del acto, la Administración y los Tribunales deben suspender su eficacia (88). Ahora bien, cuando no quieran suspenderlo les será suficiente con negar la existencia de los motivos para ello.

Cualquier excepción que se establezca a la regla de la no suspensión de la eficacia de los actos administrativos permitirá a la Administración y a los Jueces, interpretándola más o menos ampliamente, paralizar su ejecución. El Juez no sólo puede suspender el acto cuando concurren las circunstancias legalmente previstas para hacerlo, sino que tiene el deber de hacerlo, como subraya la jurisprudencia, lo que, de otra parte, es consustancial a todo poder público.

El Auto de 20 de diciembre de 1990 dice con toda claridad que tiene como propósito principal una interpretación amplia del artículo 122 de la LJCA desde «esa atalaya que es el artículo 24 de la Constitución...». Pero existe otra atalaya constitucional, el artículo 103.1 de la Constitución, en el que se establece la presunción de que la Administración pública actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, desde la que también hay que mirar el artículo 122 de la LJCA.

(87) La S. de 7 de septiembre de 1971, Sala 4.ª (A-4000), dice que con los enunciados de los artículos 101, en relación con el 44, de la LP y artículo 122 de la LJCA «se muestra que la suspensión de la ejecución constituye *medida de excepción* de la regla general preceptiva indicada» y, por tanto, aquélla tiene carácter restringido. En el mismo sentido, el Auto del TC, Sala 2.ª, de 21 de julio de 1992 en relación con la aplicación del artículo 56.1 de su Ley Orgánica.

La suspensión es una medida provisional que puede y debe ser reformada o dejada sin efecto a instancia de parte o de oficio cuando aparecen nuevas circunstancias o la incidencia de situaciones que no conoció la Sala (Auto de 4 de mayo de 1982, Sala 4.ª, A-3111).

(88) Insiste en esto J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, IEA, Madrid, 1972, págs. 420 y ss.

XIII. SUSPENSIÓN POR ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La Ley de Régimen Local de 1950-1955 reguló muchos supuestos en los que la Administración del Estado podía suspender actos de las Administraciones locales. Parte los había heredado de leyes anteriores (89), pero ella los aumentó y, en su mayoría, los recogió en su artículo 362. Publicada la Constitución, el primer recurso de inconstitucionalidad que resolvió el Pleno del Tribunal Constitucional fue el interpuesto contra diversos preceptos, entre ellos el citado, de dicha Ley de Régimen Local. Los recurrentes consideraron que eran anti-constitucionales las disposiciones que permitían la suspensión por los Alcaldes y los Gobernadores civiles de acuerdos adoptados por los Ayuntamientos. La STC de 2 de febrero de 1981, 4/81, declaró que, efectivamente, los artículos 362 y 367 de la LRL y los que con ellos guardaban relación no se acomodaban al principio de autonomía de las Administraciones locales proclamado por la Constitución (90). Consecuencia de esta sentencia fue, primero, el Decreto-ley de 16 de enero de 1981 y, después, la Ley 40 del 81, de 28 de octubre. Esta Ley, para defender la competencia estatal de los actos locales, dispuso, en su artículo octavo, que los Gobernadores civiles, en lugar de suspender el acuerdo local y después recurrir ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, que era lo que disponía la LRL de 1950-1955 (91), podían y debían recurrir directamente contra los actos y acuerdos locales que estimasen invadían la competencia del Estado y el recurso suspendía automáticamente el acuerdo. La Sala de lo Contencioso-administrativo, en un plazo muy breve, tenía que decidir sobre la suspensión. Esta regulación fue el precedente del artículo 67 de la LRBRL de 2 de abril de 1985. Este precepto dispone que «si una entidad local adoptara actos o acuerdos que atenten gravemente el interés general de España, el Delegado del Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Corporación y en el caso de no ser atendido, podrá suspenderlos y adoptar las medidas pertinentes a la pro-

(89) Estaban ya en la Ley Municipal de 1877. Se quiso justificar la suspensión de los actos en la necesidad de defender la competencia del Estado de las extralimitaciones de las entidades locales. MAURA insistió mucho en esto al defender sus proyectos de Ley Municipal de 1903 y 1907.

(90) Véase también la STC de 29 de abril de 1981 (CI 17/81) con respecto al artículo 365.1 de la LRL de 1950-1955.

(91) El Gobernador civil y el Alcalde, como delegados del Gobierno del Estado, suspendían el acuerdo y después daban cuenta a la Jurisdicción contencioso-administrativa para que ésta decidiera si el acto estaba bien suspendido o no y mantuviera o anulara el acto.

tección de dicho interés, debiendo impugnarlos en el plazo de diez días desde la suspensión ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

En nuestro Derecho, a partir de la Constitución de 1978, la suspensión de la eficacia del acto administrativo como medida de tutela o fiscalización de unas Administraciones públicas sobre otras se ha reducido en gran medida y se ha sustituido por el recurso contencioso-administrativo contra los actos que pueden estar viciados de incompetencia por haberse dictado en materias de competencia de otra entidad pública.

La Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 (art. 253) establece que el Alcalde podrá suspender los efectos de una licencia u orden de ejecución «cuando el contenido de dichos actos administrativos constituya manifiestamente una infracción urbanística grave». Después, en el plazo de tres días, dará traslado directo de su acuerdo a la Sala de lo Contencioso-administrativo competente, «a los efectos previstos en el artículo 118 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa» (92). La Ley del Suelo, en su artículo 253.1, dice prácticamente lo mismo que decían los artículos 362, 367 y concordantes de la Ley de Régimen Local de 1950-1955, y el Tribunal Constitucional decidió que aquéllos no eran conformes al principio de autonomía local que proclama la Constitución, pero ahora el Alcalde no es una autoridad gubernativa en el sentido de órgano del Estado. Sólo es órgano municipal y su actuación no atenta a la autonomía municipal.

Han aumentado los casos de suspensión de actos administrativos cuando son impugnados por los administrados y ha disminuido sensiblemente la posibilidad de que unas Administraciones públicas suspendan la eficacia de los actos de otras Administraciones públicas.

(92) Esto ha dado lugar al problema de la suspensión de la suspensión. Véase el Auto de 15 de julio de 1988, Sala 4.ª, A-6078 —núm. 120 de esta REVISTA (1989), pág. 304—.