

b) COMUNICACIONES**LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUTIVIDAD DE
LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS:
NUEVAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES**

**Del Académico Numerario
EXCMO. SR. D. ENRIQUE LECUMBERRI MARTÍ**

Hace más de cuarenta y un años que el Boletín Oficial del Estado, en su número 363, del 28 de diciembre de 1956 –día de los Santos Inocentes– publicó la Ley de la Jurisdicción contencioso-Administrativa, que entró en vigor a los seis meses de su inserción en la gaceta, según ordenaba la Disposición final primera.

Durante estos ocho lustros, esta ley, que tiene en su haber, –pese a los postulados político-jurídicos a que respondía– el don de la supervivencia y merecidamente ha sido y sigue siendo, no obstante la desidia del Poder Ejecutivo, al reiteradamente incumplir el mandato imperativo del legislador, establecido en la disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, por el que se le obligaba a remitir, en el plazo de un año a las Cortes Generales, el proyecto de Ley del proceso contencioso-administrativo –un instrumento medianamente eficaz para garantizar en sede jurisdiccional los derechos de los administrados justiciables frente a las transgresiones de la Administración, merced a la amalgama y profesionalidad de los Magistrados que a los albores de los años –primero, en 1961, y luego en 1963– se enrolaron paulatinamente, tras superar unas difíciles oposiciones, como magistrados especialistas de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las catorce Audiencias Territoriales, una vez suprimidos los antiguos Tribunales Provinciales de lo Contencioso.

La longeva vigencia de la Ley Jurisdiccional, –calificada por un minoritario sector doctrinal como piedra angular del Estado de Derecho– no pudo sobrevivir en su integridad a los embates del nuevo marco y orden constitucional que proclamó nuestra Carta Magna, en cuya disposición derogatoria tercera, abrogó cuantas disposiciones se opusieran a la misma.

De esta forma, muchos de sus preceptos, –piénsese en la inimpugnabilidad o exclusión del control judicial de determinados actos administrativos,

artículo 40; emplazamientos, artículo 64; legitimación, artículo 28; etc... –que frontal y abiertamente eran radicalmente incompatibles a los principios y postulados constitucionales, tuvieron que ser, tras diversas vacilaciones, reinterpretados por los extintos Tribunales Territoriales y Salas Tercera, Cuarta y Quinta del Tribunal Supremo.

Ante esta dispersa, y algunas veces contradictoria doctrina, se tuvo que esperar a que se constituyera y entrara en funcionamiento el Tribunal Constitucional, que, ya en sus primeras resoluciones (1980-1984) no solo no procedió a la derogación de parte de su articulado, sino que fijó una coherente línea interpretativa de un sinfín de aquellos preceptos conforme a la Constitución, a través de la aplicabilidad de los artículos 14 y 24 de la Norma Normarum.

Y, además de esta ingente operación depuradora, el Legislador, por la vía de incrustación también procedió a la modificación parcial de su articulado, bien directamente como aconteció con la Ley 34/1981, de 5 de octubre, en cuyo artículo primero señaló que *“a todos los efectos a que se refiere la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se entenderá como Administración Pública, al igual que las entidades sometidas a su tutela, que tendrán la misma consideración”* y en los artículos segundo y tercero, se legitimó a la Administración del Estado y a las respectivas Comunidades Autónomas para impugnar recíprocamente sus actos, bien de forma colateral, respecto de sus determinados procedimientos especiales como los de suspensión de acuerdos de las Corporaciones Locales por infracción manifiesta de las Leyes.

Sin ánimo exhaustivo, citaremos:

– *Ley 40/1981, de 28 de octubre, derogada por la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen Local y Texto Refundido de 18 de abril de 1986-*

– *Ley electoral, a través de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio - derogatoria, a su vez, del Real decreto - Ley 20/1977 de 18 de marzo y ley 39/1978 de 17 de julio-*

– *Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, recientemente reformada por las Leyes de 8 de noviembre de 1994 y 4 de diciembre de 1997, que al igual, que la Ley de Demarcación y Planta Judicial, que inicialmente la desarrolla, contiene importantes normas sustantivas y*

procesales que inciden en el orden contencioso – administrativo.

– Ley 30/1992, de 26 de noviembre de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que además de establecer un nuevo requisito de procedibilidad mediante la comunicación previa –artículo 110,3– abrogó en su disposición derogatoria segunda, letra c) los artículos 52, 53, 54 y 55 de la Ley Jurisdiccional, atinentes a la regulación del recurso de reposición, previo a la interposición del recurso contencioso administrativo.

– Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de reforma Procesal en la tras renunciar, según se explícita en su Exposición de Motivos, a una reforma global del ordenaminto procesal, aborda la regulación del recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

A consecuencia de estas reformas legislativas, la Ley Jurisdiccional ha sido totalmente mutilada, pues sólo subsiste un tercio de su articulado.

Así, de sus 132 artículos más de una veintena han quedado totalmente sin contenido y otros tantos han sido expresamente derogados y consiguientemente han sido sustituidos; por ello, podemos afirmar que la fisionomía de la Ley es bien distinta a la que fue promulgada.

No obstante, se mantienen en su redacción inicial los artículos 122 a125, reglamentadores de la suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto del recurso, si bien, cuando se trata de la adopción de tales medidas en garantía de determinados derechos constitucionales, su regulación corresponde a la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección de los Derechos Fundamentales, que vino a establecer dentro del recurso contencioso-administrativo un procedimiento que ha de calificarse como uno más de los procedimientos especiales que la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa regula dentro del capítulo IV de su Título IV – artículos 113 a 120 –; procedimiento especial por razones jurídico – materiales al que se aplicará, en todo lo no previsto en aquella, según prevee su artículo 6, las reglas generales de la Ley Jurisdiccional.

La regulación de esta medida cautelar en la ley de 1956 fue demasiado rígida, parca e incompleta, pues, se concibió como un procedimiento excepcional que garantizara la efectividad de la sentencia.

Prácticamente fue irreal su aplicación. Los justiciables ocasionalmente

solicitaban esta pretensión ante los Tribunales ya que éstos eran excesivamente rigurosos en concederla, y además veían en ella una cierta maniobra dilatoria del proceso.

No es así de extrañar, que durante los primeros años de vigencia de la Ley fuera muy escasa la jurisprudencia sobre aplicación.

Esta jurisprudencia, inflexiblemente aplicaba literalmente de forma estereotipada el artículo 122,2 “*daños o perjuicios de reparación imposible o difícil*”, y conjugando la solvencia económica de la Administración. Llegaba, en cierto modo, a la conclusión de que era poco menos que imposible que se produjese la irreparabilidad del daño.

Era, por lo demás, impensable que, en sede jurisdiccional se acordara la suspensión de una sanción pecuniaria, máxime cuando ésta recaía en materia de orden público, en donde subsistía el arresto sustitutorio en caso de impago, la “*reformatio in peius*” y “*el solve et repete*”.

Esta estricta y rígida interpretación, casi siempre denegatoria de la medida cautelar postulada, se evidenció en materia tributaria, pues en la jurisdicción económico – administrativa, por el mero hecho de solicitarla se entendía concedida hasta que se resolviera sobre el particular.

Criterio discrecional al que por el artículo 83 del Reglamento de 26 de noviembre de 1.959, se atribuyó a los órganos de la Administración, y sólo a ellos.

Fueron infructuosos, los intentos de las antiguas Salas de lo Contencioso-Administrativo de las antiguas Audiencias Territoriales, para aplicar en esta materia aquella reglamentación administrativa, según lo acreditan entre otras, las resoluciones del Tribunal Supremo de 3 de Junio de 1976, 20 y 22 de junio de 1977, 23 y 24 de mayo de 1978 y 26 de febrero, 14 de marzo, 8 de abril y 5 de julio de 1979, que declararon que:

- los Tribunales de lo Contencioso Administrativo han de atenderse a lo dispuesto en el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional, cuyo párrafo segundo, bien expresivo por cierto, impide dejar sin protección a los interesados siempre que el perjuicio potencial se aprecie como irreparable o de reparación difícil.
- a favor de la concesión de suspensión, no es dable alegar los “precedentes” del Tribunal Económico Provincial o del Tribunal Económico Administrativo Central, tan estimables por cierto en otro orden de cosas, puesto que las Salas de lo Contencioso Administrativo, han de ajustarse a un precepto específico, a una sola realidad – la del artículo 122 – y a un ámbito litigioso esencialmente

autónomo en su índole y función como confirma la necesidad de sustanciarse en pieza separada de conformidad con el artículo 123.

– Sólo puede acordarse esta medida cautelar cuando la petición venga acompañada de una prueba evidente de “no reparación o de dificultad manifiesta”; sin que sea suficiente, la indicación de dificultades crediticias, que pueden resultar gravosas u onerosas, para la economía de la empresa, porque si esa onerosidad pudiera determinar la suspensión de la ejecución del acto administrativo “se degradaría el supuesto de hecho que excepcionalmente tuvo en cuenta el Legislador y se sustituiría la “imposibilidad” o “dificultad” en la reparación por la simple “onerosidad”, ampliando así el supuesto de hecho del precepto sobre la base de una analogía, difícilmente admisible “cuando lo que está en juego es el interés general de cuya tutela está encargada la Administración.

Desde esta óptica, el interés público desconcertó a los administrados justiciables y paradójicamente se convirtió en talismán purificador del actuar administrativo.

A principios de los ochenta, a pesar de mantenerse todavía firme el mito de la ejecutoriedad del acto administrativo, se inicia, bajo la connatural y obligada influencia de la Constitución y de la Ley 62/1978, una tímida corriente jurisprudencial proclive a la concesión de la suspensión de los actos administrativos.

Exponente de esta línea, fue el auto de 8 de octubre de 1981, recaído en el recurso 869/1980, de la extinta Sala Segunda de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona, a propósito de la suspensión de la fiesta de la Hispanidad en el Calendari de festes fixes per a 1981 en el Decret 177/1980, pero propiamente fue el Tribunal Constitucional en la sentencia número 66/1984, de 6 de junio, quien se enfrenta con el problema de si el artículo 24 del Texto Fundamental, impone una reinterpretación de los textos legales, que, en nuestro ordenamiento jurídico, contravienen las reglas respecto a la ejecutividad de los actos administrativos en general, y de los de carácter sancionatorio en particular.

En definitiva, sostiene el tribunal Constitucional que el derecho a la tutela judicial, sin indefensión, debe ser reconducido a través de la facultad suspensoria que proclama el artículo 122 de la Ley, ponderando según su Exposición de Motivos, la medida que el interés público exija su ejecución.

Una vez superado parcialmente aquel exacerbado rigorismo formalista, se arrecian por el enorme atraso judicial de los Tribunales de esta

Jurisdicción, las críticas doctrinales sobre aquella institución, postulando un auténtico proceso cautelar similar al francés o italiano.

Propiamente, fue a finales de los ochenta cuando la situación de la Justicia adquiere tintes dramáticos, que en el orden contencioso – administrativo, ha alcanzado cotas intolerables, provocando graves distorsiones en su funcionamiento.

Las estadísticas son escalofrantes: la Sala de lo Contencioso Administrativo de Catalunya tiene, en la actualidad, más de 45.000 asuntos en tramitación, y en el conjunto del Estado –contabilizados los de la Audiencia Nacional– se superan los 250.000.

Lo mismo puede decirse del Tribunal Supremo, cuyo número de asuntos crece diariamente, pese a la reforma operada de la Ley 10/1992, y hoy es superior a los 30.000 asuntos.

El estado de la Jurisdicción empieza a ser tan alarmante en su dimensión cuantitativa, que no es capaz de absorber debidamente los recursos que tiene pendientes, por ello el único remedio que puede paliar la indefensión de los justiciables son las medidas cautelares, entre las que forzosamente tienen que incluirse las provisionalísimas “inaudita parte” en tanto se resuelve la pieza separada de suspensión, contempladas en el artículo 1428 de la LEC, de supletoria aplicación según la Disposición Adicional sexta en la forma señalada por el Tribunal Supremo en auto de 2 de noviembre de 1993, a propósito de un procedimiento expropiatorio de urgencia regulado en el artículo 52 de la Ley Expropiatoria.

Cierto es, que la más reciente jurisprudencia acusa una mejor técnica, y ha sabido captar el sentido de la modernidad y amparo al ciudadano, al elaborar nuevas técnicas, extraídas de ordenamientos foráneos como la teoría de la apariencia de buen derecho “*fumus boni iuris*”, versión francesa del referé.

Como regla general, se admite, pese al casuismo judicial, la suspensión de la ejecutividad en supuestos antes incomprensibles, tales como suspensión del ejercicio profesional, expulsión de extranjeros, desahucios administrativos, denegación de prórrogas al servicio militar, sanciones pecuniarias –sin contar las sanciones pecuniarias de orden público ya suspensivas automáticamente– cierre de establecimientos, liquidaciones en materia tributaria, laboral, inclusión en el Registro de Solares e inmuebles de edificación

forzosa, determinadas sanciones disciplinarias, etc, etc...

Por el contrario, se mantiene sin excepción, una actitud negatoria en materia urbanística, expropiación, responsabilidades y actos negativos, éstos en fundamento del carácter revisor de la jurisdicción.

Hace escasos meses se dio a conocer el tercer proyecto de ley de la Justicia administrativa –el primero data de 1986–; su contenido más que una reforma es una adaptación de la Ley vigente a la Constitución.

El sistema cautelar que instaura está inspirado en el sistema de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y es único –procedimiento ordinario y especiales– señalando como supuestos en que podrá acordarse la suspensión:

- cuando la ejecución puede hacer perder su finalidad legítima al recurso.
- cuando la ejecución produzca una situación irreversible.
- cuando no haya urgencia probada en la ejecución.

En definitiva, ni automatismo judicial, ni rigorismo para la concesión de la pretensión.

Por ello, deseamos y confiamos que el Parlamento del Estado Español no deje pasar la oportunidad histórica que se le presenta.