

LA SUSPENSIÓN JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL PROYECTO DE LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. (*)

Jaime Rodríguez-Arana

Catedrático de Derecho Administrativo
Subsecretario de Administraciones Públicas

I. INTRODUCCIÓN

Las reformas legales en materia Administrativa, como en cualquier otra rama jurídica, suelen caer en la tentación -en la que hemos visto sucumbir, con frecuencia, a los promotores de algunas de ellas en los últimos años- de pretender modificar la realidad mediante una ruptura con el pasado, que traiga consigo innovaciones o cambios muy visibles, claramente perceptibles por los ciudadanos y por los operadores jurídicos. Un caso bien paradigmático de lo que no se debe hacer, me parece es la Ley 30/92 de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

Lo cierto es que este afán innovador -necesario y lógico como elemento de toda política orientada a mejorar un campo de la vida pública- no debe privar a toda reforma de una serena y prudente reflexión sobre las consecuencias prácticas de los cambios, además de sobre su fundamentación en la racionalidad científica -en este caso, de la racionalidad jurídica.

(*) El autor agradece a Ignacio García Magarzo su valiosa colaboración en la realización de este estudio.

No es éste el momento de debatir sobre si la realidad debe ir por detrás o por delante de las Leyes, debate que, por lo demás, es especialmente complejo en el ámbito administrativo. Pero, al comenzar estas reflexiones sobre un aspecto concreto del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que modifica sustancialmente la norma actualmente vigente, sí quiero dejar constancia de que esta nueva norma, cuyo texto a aprobado el Gobierno el pasado 6 de junio, es el resultado de un intento de adaptar la legalidad a la realidad de una institución, el procedimiento contencioso, cuya evolución en los últimos años se ha visto jalonada de hechos singulares que han producido modificaciones sustanciales en sus fundamentos. El principal de estos hechos es, sin duda, la aprobación de nuestra Constitución.

Los efectos de cada una de estas circunstancias sobre la evolución del procedimiento Contencioso-Administrativo, han sido objeto, a su vez, de un dilatado debate doctrinal y jurisprudencial, al que no puede ser ajeno el afán del Gobierno por proponer una reforma que mejore este aspecto importantísimo de nuestra normativa administrativa.

Y uno de los aspectos de la regulación del procedimiento contencioso-administrativo que ha suscitado un mayor número de reflexiones doctrinales -al hilo, casi siempre, de la evolución del sentido de los Autos del Tribunal Supremo- ha sido el de la suspensión de los actos administrativos recurridos ante la jurisdicción ordinaria. De hecho, ha sido la suspensión un aspecto sobre el que se ha apreciado más sensibilidad al cambio constitucional y en el que más se ha dejado sentir la influencia de éste, hasta el punto de considerar a aquélla -como, imaginativamente, ha hecho MEILÁN GIL- como el "caballo de Troya" para la reforma de todo el sistema contencioso administrativo español.

El necesario equilibrio entre el principio de ejecutividad de los actos, propio de la Administración continental, que se siente siempre amparada en el ejercicio de sus potestades por el carácter público de los bienes que persigue, y la consideración constitucional de la Tutela Judicial como un Derecho Fundamental clave para el funcionamiento del Estado de Derecho, ha sido el centro de un debate en el que se puede sintetizar la evolu-

ción misma de buena parte de la Administración en España en los últimos años, desde la óptica de sus relaciones con los ciudadanos.

Sobre esta evolución, trataré ahora de hacer algunas reflexiones que nos sitúen en condiciones de analizar el contenido del texto que ha aprobado recientemente el Gobierno.

II. LA TENSIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE EJECUTIVIDAD DE LOS ACTOS Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DESPUÉS DE LA CONSTITUCIÓN.

Como es sabido, la vigente Ley Jurisdiccional, en consonancia con el momento y las circunstancias históricas que vieron su nacimiento, parte de una consideración general del efecto no suspensivo de la interposición de recursos en vía judicial contenciosa, contra actos o disposiciones administrativas. Frente a ello, se contempla la sola excepción de que la ejecución de los mismos comporte la posibilidad de causar perjuicios de reparación imposible o difícil, en cuyo caso el Tribunal, a instancia del interesado, podrá acordar la suspensión del mismo. Este es, en esencia, el contenido del artículo 122 de la LJCA de 27 de diciembre de 1.956, cuya Exposición de Motivos se situaba, sin embargo un paso más allá de la propia regulación que interpretaba, al señalar que, a la hora de declarar la suspensión, se deberá ponderar en qué medida el interés público la exige. De igual modo, en relación con la dificultad de la reparación, la Exposición de Motivos afirma que no cabe excluirla, sin más, por el hecho de que el daño sea evaluable económicamente.

Desde este punto de partida -que, como hemos visto, apuntaba en su propio nacimiento, unas interesantes posibilidades interpretativas- se va a edificar la construcción doctrinal y jurisprudencial sobre las medidas cautelares en general y la suspensión en particular que, como queda dicho, tiene, en su evolución, un antes y un después de la Constitución de 1.978.

Así, podemos, en primer lugar, identificar un progresivo debilitamiento del requisito de la imposible o difícil reparación de los daños,

como elemento central del sistema, que parte, como hemos visto, de la propia Ley Jurisdiccional.

Del carácter central de este requisito de la dificultad de la reparación se ha dicho, con acierto, por TORNOS MAS, que desvía la atención hacia un problema que no es el central, ya que lo realmente decisivo es la protección de los bienes jurídicos en presencia en el caso concreto, mediante una solución de justicia material.

Se ha querido, también, buscar la causa de esta interpretación exclusivamente centrada en la dificultad o imposibilidad de reparación en la propia -e inadecuada- redacción del párrafo 2º del artículo 122 LJCA y el paralelo desconocimiento del contenido de la Exposición de Motivos, a cuyas posibilidades interpretativas ya hemos aludido.

Pues bien, sobre estos presupuestos, la Jurisprudencia se situó, en el momento inicial de la aplicación de la Ley del 56, en una posición marcadamente favorable a la preeminencia de el principio de ejecutividad de los actos, denegando, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, toda suspensión cuyo posible daño fuera evaluable económicamente.

Pero esta posición inicial fue progresivamente matizada al contacto con la realidad constitucional que, a partir de 1.978, marca una consideración nueva de las medidas cautelares y, entre ellas, de la suspensión, al entrar en contacto con las necesidades derivadas del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

Efectivamente, el criterio de la reparación económica -y de su presupuesto: la evaluabilidad de los daños- no podía ser considerado, ya en un primer momento, de manera absoluta, pues requería de una solución valorativa caso por caso. A partir de aquí, nuestro Tribunal Supremo entendió que "el precepto del repetido artículo 122 de la Jurisdicción encierra un concepto jurídico indeterminado, necesitado de ser traducido conforme al conjunto de circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto". Casuismo que, unido a la incorporación del texto de la Exposición de Motivos de la LJCA como elemento hermenéutico de primer orden, invitaba, claramente, a valorar los intereses implicados para decidir otorgar o no la suspensión.

Pero es, como he dicho ya, a partir de la Constitución cuando el criterio de la irreparabilidad de los daños deja de ser, al menos en apariencia, el eje sobre el pivote la suspensión. La necesidad de la solución justa en cada caso ha traído como lógica consecuencia la necesidad de ponderar los intereses en conflicto, teniendo muy en cuenta la incidencia del interés público. Y, en este sentido, la combinación del criterio de los daños y la incidencia del interés público, ha sido calificada por el Tribunal Supremo de "interpretación auténtica" del artículo 122. LJCA.

Una nueva nota vino a este debate. Y es que en el mismo sentido de la ponderación de intereses ante la suspensión se pronunció la regulación del procedimiento de Amparo Constitucional en la LOTC, que estableció que, en materia de suspensión en esta vía, la Sala suspenderá el acto cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad y, a sensu contrario, podrá denegarse la suspensión solo cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales.

Poco a poco, como fruto de la labor del Tribunal Supremo basada en la cantidad y la calidad de sus Autos relativos a la posibilidad de suspender actos recurridos, fue viendo la luz una nueva interpretación del artículo 122 LJCA, en el que el criterio de la irreparabilidad o difícil reparación, fue, primero sustituido por la concepción de la "irreversibilidad" -que permite una más amplia tutela judicial- y, junto a ello, tomó cuerpo la ponderación del interés público en presencia, a partir de la consideración de lo expuesto en la Exposición de motivos de la Ley Jurisdiccional.

Y es que, si la ejecutividad se fundamenta en razones de interés público, no parece muy aventurado pensar que la suspensión pueda jugar cuando no haya interés público grave en la ejecución. Sabemos que el conflicto de intereses es frecuente en estos casos. Pero sabemos, también, que los principios constitucionales concretados en la "vis expansiva" de las libertades públicas deben abrirnos las puertas de la solución de los mismos.

No debe, sin embargo, asimilarse un progresivo aumento de la operatividad de la suspensión con un paulatino vaciamiento de la ejecutividad

sino, más bien, de la necesidad de encajar a ésta en el marco constitucional en que se mueve la Administración Pública. La ejecutividad debe, por tanto, entenderse precisamente en clave constitucional.

En este sentido sí me parece interesante citar la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1987, según la cual, la potestad ejecutoria de la Administración, legalmente reconocida, no puede considerarse, en modo alguno, como contraria a la Constitución, sino, muy al contrario, como desarrollo necesario del principio de «eficacia con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» que proclama el art. 103 de la Carta Magna.

A partir de aquí, y a pesar de que en la LOTC se haya invertido, en el ámbito del recurso de amparo, la regla general de la no suspensión, no debe deducirse que la suspensión deba ser la regla general ya que esta regulación no es más que la consecuencia de que, en determinados presupuestos -protección de libertades públicas, sanciones administrativas- el Derecho se ajuste a la propia naturaleza de las cosas.

Y, como punto final a la construcción jurisprudencial que venimos describiendo, podemos situar el juego de la interrelación entre la ejecutividad y la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. Frente a quienes, como veremos, vieron en esta relación la necesidad de interpretar de modo distinto -cuando no de vaciar completamente de contenido- la regulación de la LJCA, parece afirmarse una postura más matizada, según la cual, la protección de los Derechos Fundamentales -en especial del Derechos a la Tutela Judicial Efectiva- se satisface haciendo que la ejecutividad de los actos administrativos pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y los instrumentos propios del principio de contradicción, resuelva en Derecho.

Sin ánimo de realizar una exposición exhaustiva de la evolución jurisprudencial -que resultaría un tanto ardua para Ustedes y que, por otra parte, es bien difundida y conocida en esta materia- sí quisiera llamar su atención sobre algunas resoluciones judiciales que ilustran la evolución que hasta aquí hemos comentado.

Efectivamente, la jurisprudencia ha sido la responsable de incorporar una nueva visión "constitucional" de la suspensión mediante la que, según

GARCÍA DE ENTERRÍA, ésta ha dejado, para siempre, de ser un mero mecanismo excepcional, para convertirse en una pieza central del sistema de garantías consagrado en la Constitución.

GARCÍA DE ENTERRÍA, señala como auténtico hito de la evolución a la que nos hemos referido el Auto del T.S. de 20 de diciembre de 1.990, en el que el ponente, el Prof. GONZÁLEZ NAVARRO, configura un auténtico Derecho a la Tutela Cautelar, que se corresponde con un deber, por parte de la Administración y los Tribunales, de acordar la medida cautelar que resulte necesaria para asegurar el contenido de la resolución que finalmente se adopte. El Tribunal manifiesta claramente cómo:

"los estrechos límites del artículo 122 de la LJCA tienen hoy que entenderse ampliados por el expreso reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva en la propia Constitución, derecho que implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar"

y continúa haciendo una apelación a que

"esta fuerza expansiva del artículo 24 de la Constitución y su eficacia rompedora de toda irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos (...) viene impuesta por el Derecho Comunitario (sentencia *Factorframe*, 19.7.90) que se resume en que la necesidad de un proceso para obtener la razón, no debe convertirse en un daño para el que tiene razón".

Para GARCÍA DE ENTERRÍA, a partir de este auto, el nuevo norte no es ya la protección a ultranza del interés público, sino la imperiosa necesidad constitucional de garantizar la plena eficacia de la decisión judicial sobre el conflicto, que deriva del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

MEILÁN GIL, en un certero trabajo de reciente publicación, atribuye a este auto la categoría de "leadin case", especialmente después del tratamiento doctrinal al que me he referido hace un momento. Sin embargo debe llamarse, también, la atención sobre la "ratio decidendi" del auto que, en realidad, se encuentra en el perjuicio grave para el recurrente y no en el resto de consideraciones que este aporta. No contiene, por tanto, no-

vedades sustanciales, si bien realiza una serie de valiosas consideraciones sobre las bases constitucionales y comunitarias de la justicia cautelar en el ámbito Contencioso-Administrativo.

En esta línea, el profesor MEILÁN, al comentar la última jurisprudencia en la materia, llama la atención sobre un dato especialmente importante, de cara a la modificación normativa actualmente en marcha. De los Autos del Tribunal Supremo se desprende, cada vez más, la consideración de la suspensión como una más -entre las varias posibles- de las medidas cautelares. Esta perspectiva, dice MEILÁN, de la tutela cautelar, considerada en general y no desde la singularidad de la suspensión, permite invocar otros preceptos del ordenamiento jurídico y deducir nuevas consecuencias. Así, por ejemplo, permite considerar la concepción general de las medidas provisionales fundamentalmente como medios de asegurar la eficacia de la resolución posterior.

En esta línea, el Auto del T.S. de 2 de noviembre de 1.993, califica de provisionalísimas las medidas que adopta (comunicación telemática a la Administración de que se abstenga de adoptar medida alguna en tanto no recaiga resolución sobre la suspensión solicitada) que, evidentemente, no tienen su base en la regulación de la LJCA, si no en otras normas (este caso en la LEC, que el Auto entiende supletoria). El auto realiza una sutil distinción entre la suspensión de la eficacia del acto recurrido y la demora de su materialización, impuesta por el Tribunal sobre la base de la necesidad de garantizar el Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva. Este pronunciamiento no puede hoy considerarse como doctrina extendida en sede judicial. Es más, continúan siendo mayoría los autos en los que el T.S. se "pega" a la letra de la Ley de 1.956, para interpretar la necesidad de suspender la eficacia de los actos recurridos.

Lo descrito hasta el momento es el campo de juego de la reforma que está actualmente en trámite que, precisamente por lo aquí expuesto, debemos saludar como algo muy necesario. Falta saber, ahora, de qué manera este texto pretende superar algunos de los problemas -y de las contradicciones- planteadas por los Tribunales y la doctrina científica en los últimos años.

III. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL ACTO RECURRIDO EN VÍA JUDICIAL EN EL BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

Este texto ha recogido buena parte de los contenidos del debate jurisprudencial y doctrinal que, a trazos, he descrito. Fruto de esta labor de reflexión de años por parte de los operadores jurídicos, el proyecto que estudiamos dedica un capítulo (el segundo) de su Título Sexto a la regulación de las medidas cautelares.

Me gustaría centrar su atención en el régimen de la suspensión en el texto en proyecto. Les recuerdo, eso sí, que la regulación se abre con el establecimiento de una serie de disposiciones generales a todas las medidas cautelares, que atribuyen la posibilidad de solicitar las mismas a todas aquellas personas que ostenten la condición de interesados en el procedimiento.

Por su parte, el Juez o Tribunal deberá, ponderando los intereses en conflicto y el necesario equilibrio entre todos ellos, adoptar las medidas se resulten necesarias cuando existan "dudas razonables" sobre la legalidad de la actividad administrativa a que se refieran.

La regulación incluye, también, una serie de reglas específicas para el caso del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, basado en la regla general del otorgamiento de las medidas solicitadas e incorporándose la modificación o revocación de esta medidas por parte del juez o del Tribunal, tanto por causas sobrevenidas como en virtud de una nueva apreciación.

Finalmente, se regula la posibilidad de modificar o revocar las medidas cautelares como consecuencia de una nueva apreciación o en virtud de circunstancias alegadas por las partes.

Pero, entrando ya en la regulación propuesta de la suspensión, el proyecto establece, en primer lugar, la posibilidad de solicitar la suspensión de los actos recurridos, esta vez solo por parte del recurrente, en cualquier estado del proceso. En el caso de los recursos contra Disposiciones de ca-

rácter general, la suspensión deberá ser instada en el escrito de iniciación del recurso. Nada se dice, nótese bien, sobre los motivos en los que debe basarse la petición de suspensión. No existe, por tanto, mención al posible perjuicio o a la dificultad de reparar los daños que pudiera ocasionar la ejecución del acto impugnado. Habrá que estar, por tanto, a la regulación general de las medidas cautelares, esto es, a la existencia de dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa y a la ponderación motivada de todos los intereses en conflicto.

Por su parte, el juez puede acordar la suspensión mediante pieza separada, con audiencia de las partes y un breve plazo común de diez días para celebrar el trámite de audiencia y de cinco para resolver en incidente. Una vez abierta esta pieza separada del procedimiento, en ella se podrán substanciar, siempre a instancia de parte, las medidas -provisionalísimas-tendientes a asegurar la efectividad del acuerdo futuro de suspensión.

Se regula también, y esta es quizá la parte de mayor trascendencia del contenido del nuevo texto, una garantía que, en este caso, debe tender a asegurar los posibles efectos lesivos de la suspensión. Pero ello se hace no para impedir la posibilidad de que la suspensión se conceda, sino para obligar a que, en su caso, ésta se acuerde previa prestación de la caución suficiente para asegurar los posibles efectos "de cualquier naturaleza"(art. 127 del proyecto).

Quede bien entendido, por tanto, que solicitada la suspensión de la eficacia de un acto recurrido en cualquier momento del proceso y apreciándose dudas sobre la legalidad de la actuación que dió origen al mismo, las facultades de apreciación de los jueces o Tribunales para acordar dicha suspensión no tiene más límite que la valoración y ponderación de los intereses en presencia y el aseguramiento de los posibles perjuicios que aquella pudiera ocasionar.

Más aún, el proyecto, establece un mecanismo para solicitar y obtener, a posteriori, la reparación por los daños ocasionados por la suspensión de la eficacia del acto.

En cuanto al cumplimiento efectivo de la medida de suspensión de la eficacia del acto, el proyecto dispone un tratamiento equivalente a de la

ejecución de sentencias para la comunicación y el aseguramiento de su cumplimentación por parte de la Administración.

Una vez someramente expuesto el contenido del actual borrador de Anteproyecto en lo relativo a la suspensión, quizá no esté de más recordar que éste es "heredero" de otro Anteproyecto que llegó a tomar forma en 1.995 y cuya tramitación decayó por la disolución de las Cortes, que dieron lugar a las últimas elecciones y al posterior cambio de Gobierno. Aunque puede ser un esfuerzo digno de mejor causa analizar la regulación de un proyecto que no llegó a ver la luz, quizá sea útil recordar que en el mismo se sustituía el tradicional criterio de la difícil o imposible reparación por otro según el cual la suspensión debía proceder "cuando la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso o produzca una situación irreversible o cuando no haya urgencia probada en la ejecución".

En poco más de un año, hemos pasado, por tanto, de la definición del criterio de la irreversibilidad o la pérdida de la sustancia misma del recurso, como elementos definidores de la suspensión, a una consideración mucho más objetiva y general de la apariencia de ilegalidad y la ponderación de los intereses en presencia.

Como afirma FENOR DE LA MAZA, en el primer trabajo exhaustivo que toma en consideración el proyecto que comentamos, éste es ahora plenamente consciente de la casuística que domina la valoración de la adopción de las medidas cautelares y, por ello, se abstiene de introducir criterios abstractos y apriorísticos de naturaleza vinculante en cuanto a la elección de la medida y la estimación sobre su procedencia, limitándose al señalamiento de unos principios básicos que solo dan, a la decisión judicial sobre las medidas cautelares, un marco que se concretará atendiendo a las circunstancias de cada momento.

Sobre la base de la evolución jurisprudencial a la que antes hemos aludido -si quiera se superficialmente- podemos afirmar que el proyecto supera la tensión entre el principio de ejecutividad y el derecho a la tutela judicial desde una posición de equilibrio entre los intereses en presencia en cada momento y, por tanto, con una visión más centrada en las soluciones de justicia material de cada caso concreto.

Llama también la atención, para quienes, como nosotros, nos hemos formado en un sistema revisor de tradición continental, que el Anteproyecto solo mencione expresamente al interés público como elemento valorativo de la suspensión en el caso del procedimiento de protección de los Derechos Fundamentales (artículo 124.3 de Anteproyecto). Frente a ello, en el caso de todos los demás recursos, será la ponderación de todos los intereses -públicos o privados- que sean subyacentes en el conflicto planteado, el elemento clave de la protección cautelar.

Respecto a la apariencia de ilegalidad de la acción administrativa como presupuesto justificativo de la suspensión, el Anteproyecto recoge también los pronunciamientos de la jurisprudencia, a favor de considerar a la apariencia de buen derecho como rasgo determinante de la suspensión. Bien es cierto que, como afirmaba MEILÁN GIL al comentar el Auto de 20 de diciembre de 1.990, al que ya nos hemos referido, las apelaciones judiciales al "fumus boni iuris" rara vez, si no nunca, han formado parte de la "ratio decidendi" en las expresiones judiciales, sino que han ocupado, como dice FENOR DE LA MAZA, un lugar complementario respecto del fondo de las decisiones, que buscaban un más sólido sustento en los perjuicios de difícil o imposible reparación. Incorporada queda, por tanto, la apariencia de buen derecho a los criterios legales de apreciación, lo que va a implicar, necesariamente, la realización de un juicio provisional de legalidad por parte de los jueces y Tribunales. Este análisis previo de legalidad -de consecuencias discutibles, como todo en Derecho, dependiendo de su congruencia con la resolución definitiva- tiene, sin embargo, la virtud de aproximar las normas procesales contencioso-administrativas a las del resto de los órdenes jurisdiccionales en el ámbito de las medidas cautelares.

Lo cierto es que este juicio preliminar de legalidad estará, siempre, íntimamente unido a la facultad de graduación general de las medidas cautelares que deben aplicarse a cada caso y que, como hemos dicho, son el elemento clave de la propuesta del Anteproyecto.

Como corolario de todo lo dicho hasta aquí, podemos afirmar que el texto del proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es un serio intento de encontrar un equilibrio -siempre inesta-

ble- entre la ejecutividad de la actuación administrativa y el respeto a los Derechos de los ciudadanos. Para ello, se pone en manos de los jueces un instrumento -la aplicación de medidas cautelares- enmarcado en sus propias facultades para valorar la apariencia de legalidad de la actuación administrativa y ponderar los intereses -todos ellos; públicos y privados- en presencia.

Si el texto es finalmente aprobado en sus actuales términos, se van a producir novedades importantes, que afectarán no solo al procedimiento Contencioso-administrativo sino a las relaciones, en general, entre los ciudadanos y la Administración. Confiemos en que estas novedades sean un paso más hacia la fundamentación de toda la actuación administrativa en la realización de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos, que deben ser, hoy, su principal razón de existir.