

LA SUSPENSIÓN DE LA ACTIVIDAD
SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE
EXTRANJERÍA ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVA

Por José Carlos FERNANDEZ ROZAS
Catedrático de Derecho internacional privado
de la Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS RECURRIDOS EN EL PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA. III. LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECURRIDO EN VÍA CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA ORDINARIA: 1. *Interés público versus daños o perjuicios de imposible o difícil reparación*. 2. *Acreditación de la situación jurídica objeto de suspensión: la apariencia de buen Derecho*. 3. *Circunstancias que motivan la suspensión*. IV. PROBLEMAS PARTICULARES: 1. *Incidencia de los actos administrativos de contenido negativo*. 2. *Quiebra del principio de solvencia de las Administraciones públicas*. 3. *Motivación y acreditación de las causas que aconsejan la suspensión del acto impugnado*. V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. Introducción

1. Resulta una característica de nuestro tiempo la presencia cada vez más intensa de la actividad de la Administración en el ámbito de la condición jurídica de los extranjeros. En concreto, el conjunto de actos administrativos en el ámbito de la extranjería¹, que conforman el denominado Derecho sancionador de extranjería, presentan una serie de notas comunes² a partir de un postulado general que se recoge en el art. 29.1º LEx al establecer que “los extranjeros gozarán en España de la protección y garantías establecidas en la Constitución y en las leyes” y al determinar el art. 34 LEx que “las resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes”. Dichas notas se derivan directamente de los principios del procedimiento sancionador aplicables a la actividad sancionadora de la Administración en orden a la satisfacción de los valores

¹ La STS (Sala 5ª) de 21 de abril de 1987 (RAJ, 1987, nº 2986) rechazó la calificación como “acto político” de una orden de expulsión individual de un extranjero admitiendo el recurso contra dicha orden.

² *Vid.* al respecto, mi trabajo “Derecho sancionador de extranjería y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales”, *Extranjería e inmigración en España y la Unión Europea*, Madrid, 1998 (en prensa). Con carácter general resulta de gran interés el volumen monográfico editado por el CGPJ, “Derecho administrativo sancionador”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994; interés que debe extenderse, en la materia que estamos examinando, al estudio C.M. MONTERO ELENA, “Legislación sobre extranjeros: infracciones y sanciones”, *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1996, pp. 473-502, con importante soporte jurisprudencial. *Vid.*, asimismo, A. DOMÍNGUEZ VILA, *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, Madrid, M. Pons, 1997.

contenidos en los arts. 9 y 24 CE. El procedimiento administrativo sancionador³ en el particular sector que estamos estudiando, el cual debe sujetarse al principio de legalidad y garantizar el derecho de defensa de la persona contra la que se instruye expediente, de conformidad con el art. 24 CE, termina con una resolución a cargo del órgano competente que ha realizado las actuaciones. Caso contrario, transcurridos seis meses desde la iniciación del procedimiento, se iniciará el cómputo del plazo de caducidad (art. 43 LRJAP-PCA), concluido el cual el interesado podrá requerir del órgano competente certificación acreditativa de que el procedimiento ha caducado y de que las actuaciones han sido archivadas.

Estos actos administrativos, derivados de la potestad sancionadora de la Administración están subordinados a su control posterior por parte de la autoridad judicial. Al margen de los eventuales problemas de competencia objetiva, que en el Derecho sancionador de extranjería no ofrecen especificidades propias, salvo las derivadas de su pertenencia a la competencia exclusiva del Estado⁴, debe tenerse presente que, en particular las decisiones administrativas que decretaban la expulsión de un extranjero, ofrecían una extraordinaria complejidad en orden a los recursos que podían interponerse contra ellas, tanto ante la vía contencioso-administrativa, como ante la que ofrecía la Ley 62/1978, con una jurisprudencia muy copiosa de la que no nos vamos a ocupar aquí⁵. Además, debemos tener muy presente que dichas vías

³ Vid. A. CARRETERO PÉREZ y A. CARRETERO SÁNCHEZ, *Derecho administrativo sancionador*, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 223 ss.

⁴ Por tanto el órgano competente principal en la materia es la A.N. (art. 66 LOPJ) y, en su caso, los Tribunales Superiores de Justicia (art. 74 LOPJ), al margen de las atribuciones de la Sala de lo Contencioso-administrativo del T.S. (art. 58 LOPJ). Vid. J. GABALDÓN, "La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Sus competencias", *Actualidad Administrativa*, nº 48, 1996, pp. 1035 ss; V. GIMENO SENDRA, "La Audiencia Nacional y el Control de la vida pública", *La Ley*, nº 4224, 1997, pp. 1-5. Como pusiera de relieve la Sent. T.C. 114/1994, de 14 de abril (ponente: J.D. González Campos), "El art. 74.1º.a) LOPJ atribuye a los T.S.J. competencia para conocer de los recursos directos contra disposiciones reglamentarias estatales salvo cuando los recursos estén atribuidos a los órganos judiciales del mismo orden jurisdiccional, como es el caso del T.S. según el art. 58.1º y la A.N. conforme al art. 66, ambos LOPJ, de donde resulta con claridad que corresponde a los T.S.J. el conocimiento de los recursos directos contra disposiciones reglamentarias dictadas por órganos de rango inferior a Secretario de Estado" (*La Ley, Rep.* 1194-I, nº 1365).

⁵ Aunque resulte discutible la selección realizada, por no ofrecer una auténtica visión de las principales líneas jurisprudenciales, y de lamentar la escasez de valoraciones personales, resulta de utilidad el trabajo de M. TRENZADO RUÍZ, "Aplicación de la Ley de Extranjería por los Tribunales", *Derecho de extranjería en España. Regulación jurídica, práctica administrativa y judicial*, Madrid, UNED, 1995, pp. 147-181; con una mayor aportación personal Vid. J.J. GONZÁLEZ RIVAS, "La normativa de extranjería y su conexión con la jurisdicción contencioso-administrativa", *Jornadas sobre nacionalidad y extranjería*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1994, pp. 219 ss, esp. pp. 312-324. En cualquier caso, debe resaltarse una valoración global muy positiva de la jurisprudencia de nuestros Tribunales que no hace sino continuar la línea marcada por la generada tras la entrada en vigor de la CE de 1978 hasta la aparición de la LEx: una visión general de este período se encuentra en J.J. OLIVARES D'ANGELO, "Algunas observaciones sobre la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la condición jurídica del extranjero", *REDI*, 1984, pp. 103-121 y M.C. APRELL LASAGABASTER, "Expulsión de extranjeros y control de la discrecionalidad administrativa", *RAP*, nº 114, 1987, pp. 254 ss. Un examen de la doctrina de nuestros Tribunales de Justicia de mayor amplitud, aunque limitada a un aspecto concreto se encuentra en la obra de M.MOYA ESCUDERO, M^a.L. TRINIDAD GARCÍA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Régimen jurídico del permiso de trabajo de los extranjeros en España: Una lectura a través de nuestra jurisprudencia (1980-1992)*, Granada, Comares, 1993.

están experimentando una profunda revisión en virtud de la inmediata entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LRJCA)⁶.

2. Por ello, nuestra pretensión, mucho más modesta, es observar las posibilidades de suspensión de la ejecutividad de los actos impugnados, toda vez que desde la aparición de la primera versión de la LEx (antes de ser depurada por el Tribunal Constitucional), donde se afirmaba categóricamente que tales actos si bien eran recurribles, no suspendían en ningún caso su ejecución por expresa prohibición de la Ley (art. 34 LEx)⁷, hasta la actualidad, en la que existe una doctrina jurisprudencial consolidada en sentido radicalmente contrario, se ha recorrido un trecho admirable en la defensa de los derechos de defensa de los extranjeros que es de justicia poner de relieve⁸. Lamentablemente, las nuevas disposiciones no permiten augurar su acomodación a la doctrina descrita, objeto principal de este estudio, sino un claro retroceso que, señaladamente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España, parece perturbadora, pese a que supuestamente la LRJCE de 1998 haya nacido con la pretensión de acoger en lo ordenamiento español los principios y garantías constitucionales que ha desarrollado la doctrina del T.C. y del T.S.⁹. Cuando se inició este trabajo aún predominaba en España un clima de cierta euforia que,

⁶ En el momento en que se redacta este trabajo aún no ha entrado en vigor la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que deroga la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956 y los arts. 6, 7, 8, 9 y 10 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. En tales circunstancias, el examen jurisprudencial viene referido, inevitablemente, al generado por estas últimas disposiciones legales.

⁷ Cf. la temprana crítica a este precepto de E. SAGARRA TRÍAS, "La actual regulación del Derecho de extranjería en España", *RJC*, 1987, p. 122. Posteriormente, la Sent. T.C. 115/1987, de 7 de junio, declaró inconstitucional, y por consiguiente nulo, el inciso segundo del art. 34 LEx (*BOE*, 20-VII y corrección errores de 20-X). Las posiciones enfrentadas del Defensor del Pueblo y del Abogado del Estado, así como la doctrina sustentada por el T.C. y el voto particular de los Magistrados Rubio Llorente, Tomás y Valiente y García Mon se encuentra, pese a su difícil lectura por una deplorable redacción, en J.A. MIQUEL CALATAYUD, "Consideraciones referentes a la Sentencia del Tribunal Constitucional acerca de determinados preceptos de la Ley Orgánica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España", *La Ley*, nº 2397, 1990, pp. 1-12. Con mayor precisión *Vid.* J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, "Internamiento de extranjeros expulsados de España. Derechos de reunión y asociación de los extranjeros. Suspensión cautelar de las resoluciones administrativas impugnadas en materia de extranjería", *REDT*, nº 32, 1987, pp. 617-623, con certeras críticas que compartimos respecto al complicado razonamiento del T.C. en orden a la prohibición de suspensión; otro comentario del mismo autor a esta decisión se encuentra en la *Revista de Derecho Político (UNED)*, núms. 27-28, pp. 311 ss.

⁸ Aunque en materia de objeción de conciencia, debe resaltarse también la influencia ejercida, en orden a la suspensión de las resoluciones administrativas, por la Sent. T.C. 15/1982, de 23 de abril. No podemos, por tanto compartir la posición sustentada por J. RUILOBA ALVARIÑO que, sin un mínimo apoyo jurisprudencial y confundiendo la vía ordinaria y la prevista en la LPJDF, entiende que una "regulación tan cicatera ha sido hecha más restrictiva si cabe por la jurisprudencia del T.S." (*Cf.* "Procedimiento sancionador", *La inmigración. Derecho español e internacional*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 443).

⁹ *Vid.* J.M.^a ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, "Delimitación objetiva y subjetiva de la jurisdicción contencioso-administrativa", *La Ley*, nº 4621, 1998, pp. 1-8; F.C. SAÍNZ DE ROBLES, "Comentarios a la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa", *La Ley*, nº 4637, 1998, pp.1-2.

inspirado en la jurisprudencia del T.J.C.E.¹⁰, el Auto T.S. de 1990 había propiciado al vincular la doctrina de la suspensión de los actos administrativos con el principio de la tutela judicial efectiva confirmado por la Constitución, trazando “una verdadera época nueva en nuestro contencioso”¹¹. Determinados comentarios de urgencia del reciente régimen de la jurisdicción contencioso-administrativa evidencian bien a las claras que detrás de la reforma subyacen intereses muy concretos que parecen supeditar el referido principio al de la eficacia de la Administración recogido en el art. 103 C.E.. Todo ello, con una clara crítica al clima antes descrito¹² que es de desear no se propague hacia una labor judicial anterior muy apreciable en términos generales. La proyección de esta nueva ambientación, basada en la insusceptibilidad de la suspensión de la eficacia del acto administrativo, en el ordenamiento español de extranjería supone un auténtico retroceso en el capítulo de los derechos y libertades fundamentales de la persona.

Pretendemos, en rigor, examinar el alcance la suspensión en la vía contencioso-administrativa cuando se impugnen actuaciones del Derecho sancionador de extranjería y para ello deberemos atender a los dos procedimientos que hasta la fecha existían y, cuyas reglas de base estaban contenidas en dos preceptos que pronto quedarán derogados: el art. 122 LJCA y en art. 7.4º LPJDFP. Estos preceptos habían ofrecido una lectura contradictoria¹³, si bien en el ámbito que estamos estudiando fueron paulatinamente acercándose merced a una abundante y creativa jurisprudencia de la Sala 3ª del T.S. pese a sus inflexiones¹⁴. Resulta inevitable observar a este respecto de una lectura de varios centenares de Autos y Sentencias, ciertos indicios de relación causa-efecto entre la doctrina sentada por los sucesivos ponentes y su

¹⁰ Vid. por todos, G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, “La tutela judicial cautelar en el Derecho comunitario”, *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 633-652.

¹¹ Resulta obligado referirse, entre otros, a los trabajos de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Sentencia *Factortame* (19 de junio de 1990 del TJCE. La obligación del Juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho comunitario aún a costa de su propio Derecho nacional. Trascendencia general de la Sentencia en el Derecho comunitario y en el sistema español de medidas cautelares” y “La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del ‘*fumus boni iuris*’ (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general”, reproducidos en *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 95 ss. y pp. 157 ss. La sólida doctrina que se recoge en las aportaciones indicadas ha tenido un eco muy importante en el periodo que estamos describiendo, no quedando desvirtuada en modo alguno, también desde la perspectiva doctrinal, por construcciones contrarias de gran vaguedad y que llegan a acusar a sus defensores de estar condicionados por la óptica del ejercicio de la abogacía. La posición contraria que toma como punto de partida no la tutela judicial efectiva del ciudadano, sino el propio acto administrativo, cuya esencia consideran desvirtuada con una tendencia favorable a la suspensión. Dentro de estas tesis contrarias, que parecen germinar en los últimos tiempos, merece retener la sustentada por J.Mª BOQUERA OLIVER, “Insusceptibilidad de la suspensión de la eficacia del acto administrativo”, *RAP*, nº 135, 1994, esp. pp. 666-67, con ciertos apoyos jurisprudenciales sobre los que tendremos ocasión de pronunciarnos.

¹² Vid. J. RODRÍGUEZ-ARANA, “La suspensión judicial del acto administrativo en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *La Ley*, nº 4369, 1997, pp. 1-4.

¹³ Resulta de interés al respecto la doctrina sentada por el ATS (Sala 3ª, Secc. 1ª) de 27 de junio de 1989, *RAJ*, 1989, nº 4897.

¹⁴ Vid. M. HEREDIA HERNÁNDEZ y C. FÁBREGA RUÍZ, *Medidas cautelares en el Derecho de extranjería*, Madrid, Colex, 1997, pp. 79-82.

movilidad en las distintas Secciones de la Sala, lo cual no resulta especialmente alentador y constituye un motivo de reflexión. Por fin, la dualidad ha desaparecido por la LRJCA de 1998 al no establecerse dentro del Capítulo I de su Título V, relativos al procedimiento para la protección de los derechos de la persona (arts. 114 a 122) especialidad alguna en orden a la suspensión de los actos administrativos impugnados en esta vía, siguiendo, a este efecto, la doctrina general contenida en los arts. 130 y 133.1º LRJCA. En términos generales la nueva regulación suprime, como se ha indicado, la dualidad existente, eliminando la solución particular prevista en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales. Y, de esta suerte, concede un grado muy alto de discrecionalidad al Juez o al Tribunal, al establecer que la medida cautelar “podrá” acordarse “únicamente” cuando la ejecución del acto pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, procediendo su denegación en caso que de dicha medida pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros (art. 130). Junto a ello, la eventual concesión de la medida cautelar incorpora una serie de reservas cuando de ella “pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza”, incluyendo la presentación de caución o garantía suficiente (art. 133.1º).

3. Con carácter previo también debe hacerse referencia a los recursos contra las resoluciones administrativas sancionadoras que, de conformidad con los arts. 34 y 35 LEx, pueden interponerse tanto fuera como dentro de España. Naturalmente si éstos se sustancian en vía administrativa se produce la suspensión automática del efecto administrativo del acto impugnado, toda vez que el art. 138.3º LRJAP-PAC establece que la sanción no podrá ser ejecutada en tanto no se dicte la correspondiente resolución que ponga fin a la vía administrativa. Ello nos conduce al apartado de las medidas cautelares que puede decretar la Administración para asegurar el cumplimiento efectivo de la referida sanción¹⁵.

Al respecto conviene tener presente que el derecho a la tutela judicial efectiva establecido por el art. 24 CE a su aplicación tanto a nacionales como a extranjeros condujo a la STC 115/1987 de 7 de julio a declarar inconstitucional el art. 34 LEx en lo referente a que en los recursos relativos a las resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros en ningún caso podría acordarse su suspensión. Sin entrar a valorar el conjunto de la jurisprudencia constitucional en orden a la suspensión de los actos administrativos (y dejando a un lado el estudio de la suspensión en el recurso de amparo constitucional), sí parece oportuno poner de relieve la doctrina sentada por la S TC 78/1996, de 20 de mayo que entiende que durante la tramitación de la pieza separada de suspensión la Administración queda imposibilitada para ejecutar el acto impugnado. De acuerdo con el TC la ejecución de una sanción disciplinaria sin esperar su firmeza, sin haberse resuelto un recurso de reposición y sin atender a la solicitud de suspensión vulnera claramente el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva, toda vez que tal ejecución “puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar

¹⁵ Acerca del procedimiento sancionador y el régimen de recursos administrativos que pueden utilizarse en el ámbito de la extranjería *Vid.* F. ALONSO PÉREZ, , *Régimen jurídico del extranjero en España*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995, pp. 205-227.

irreparablemente la decisión final del proceso causando una real indefensión”¹⁶. La transcendencia práctica de este fallo para el Derecho sancionador de extranjería es evidente.

II. La suspensión de los actos recurridos en el procedimiento para la protección los derechos fundamentales de la persona

4. El art. 29.1º LEx debe ponerse en relación con el art. 53.2º CE que dispone que cualquier ciudadano podrá recabar la protección y tutela de los Tribunales ordinarios o en su caso, del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Se establece pues, al margen de la interposición en su momento del correspondiente recurso de amparo que hoy no ofrece discusión en materia de extranjería¹⁷, una vía alternativa al recurso ordinario contencioso-administrativo cual es la de la protección jurisdiccional que ofrece la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de derechos y libertades de la persona (en la actualidad regulada en los arts. 114 a 122 LRJCA de 1998), por descontado también extensible a los extranjeros¹⁸. Este procedimiento, calificado acertadamente como una especie de “interdicto administrativo”¹⁹, inspirado en los principios de urgencia y sumariedad se ha caracterizado hasta la fecha, por la facilitación de la suspensión del acto impugnado²⁰. Esta última nota fue acaso la aportación más importante de esta Ley frente a la regulación contenida en la LJCA, al establecer la suspensión del acto impugnado, entendida como regla general salvo excepciones fundadas en el interés público; con ello se pretendía equiparar la posición del individuo frente a los poderes públicos evitando una situación de permanente subordinación²¹. Además el art. 7.4º de la Ley se caracterizaba por la innecesidad de alegar motivo alguno para justificar la petición de suspensión, en concreto, la existencia de perjuicios de difícil o imposible reparación, o la presencia de una grave

¹⁶ BJC, nº 182, 1996, pp. 47-52. Vid. los comentarios de P. GONZÁLEZ SALINAS, “El retorno a la suspensión de la ejecución de la sanción no firme y la necesidad de resolver sobre la petición de suspensión (Sent. T.C. 78/1996, de 20 de mayo)”, REDA, nº 92, 1996, pp. 641-650.

¹⁷ Vid. E. PÉREZ VERA, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 126; F. CASTEDO ALVAREZ, “El recurso de amparo constitucional”, *El Tribunal Constitucional*, vol. I, Madrid, IEF, 1981, p. 193 (si bien limitando el derecho a los condicionamientos trazados por el art. 13 CE); A.L. CALVO CARAVACA y F. CASTILLO RIGABERT, “El extranjero ante el recurso constitucional de amparo”, *La Ley*, nº 397, 1982, pp. 1-4; *id.* “Mecanismos de control: el extranjero en el recurso de amparo”, *REDI*, 1984, pp. 601-606; este último trabajo contiene un comentario a la Sent. T.C. 11/1983, de 21 de febrero, en el asunto “Korkala” (*BOE*, 23-III-83) y a la Sent. T.C. 43/1983, de 20 de mayo (*BOE*, 17-VI-83).

¹⁸ Pese a la existencia de una jurisprudencia contradictoria y confusa (*Vid.* las observaciones de M. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *REDI*, vol. XXXVI, 1984, pp. 610-611), este procedimiento fue utilizado con éxito incluso durante la vigencia del Decreto 522/1974, de 14 de febrero, declarándose improcedente la expulsión de un extranjero por considerar que las actuaciones previas vulneraban el principio de presunción de inocencia establecido en el art. 24 CE [STS (Sala 4ª) de 3 de julio de 1980, *RAJ*, 1980, nº 3404]. Otro planteamiento digno de destacar es el contenido en la Sent. Aud. Territ. de Oviedo, de 20 de abril de 1983, ponente: Jaime Barrio Iglesias (*RGD*, nº 474, 1984, pp. 539-541).

¹⁹ Cf. R. PARADA, *Derecho administrativo*, I, *Parte general*, 6ª ed., Madrid, M. Pons, 1994, p. 739.

²⁰ *Vid.* la Disp. Transitoria, 2ª, 2 LOTC en orden a la vía judicial previa para la interposición del recurso de amparo.

²¹ *Vid.* M. CARRILLO, *La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios*, Madrid, CEC, 1995, pp.439 ss.

lesión para el interés público²², lo que indudablemente implicaba una gran ventaja para el solicitante de la medida²³. No obstante, con la entrada en vigor de la LRJCA este precepto ha quedado derogado sometiéndose la suspensión al régimen general de los arts. 129 y ss. y ello es de deplorar en lo que concierne a la impugnación de la actividad sancionadora de la Administración en lo concerniente a extranjeros.

Porque, no hay que olvidarlo, estamos ante un procedimiento especial que aunque está sujeto por entero al Derecho administrativo (art. 6.1º Ley 62/1978 y art. 114.1º LRJCA de 1998), no implica el análisis de las cuestiones propias de la legalidad ordinaria, que quedan excluidas, y cuyo único objetivo es establecer si el acto de la Administración impugnado infringe el contenido constitucional de ciertos derechos y libertades públicas (a los que nos referiremos más abajo) establecidos por la Constitución. Se trata de un proceso caracterizado por su naturaleza preferente, el carácter más breve y simplificado de sus trámites y porque el acto objeto del recurso solamente puede referirse a la violación de una serie de derechos fundamentales previamente establecidos²⁴. Habida cuenta que en el Derecho sancionador de extranjeros este procedimiento aparece junto al contencioso es menester señalar su ámbito y sus eventuales compatibilidades. Sin duda el alcance de la violación a un derecho fundamental contemplado es el elemento que marca de diferente acción de estos instrumentos. Así, si existen materias dentro del acto impugnado que son propias de la legalidad ordinaria, deben sustanciarse por la vía del recurso ordinario (arts. 43 ss. LRJCA de 1998), pero este último no impide que puedan también alegarse la eventual infracción de un derecho fundamental y, de esta suerte, constituir una vía previa válida para la interposición de un eventual recurso de amparo ante el T.C.²⁵

5. Las razones aludidas explican, en efecto, que en los expedientes de expulsión, los extranjeros implicados hayan utilizado con poca frecuencia el procedimiento de la Ley 62/1978, que ofrecía la ventaja de no exigir el agotamiento de la vía administrativa y, sobre todo, que producía la suspensión del acto impugnado, salvo excepciones basadas en el interés general²⁶; es decir, que cuando se utilizaba este cauce procedimental operaba la suspensión del acto impugnado como regla de base salvo que el Abogado del Estado justificase en cada caso concreto que tal suspensión era susceptible de causar perjuicio a los intereses generales. No es de extrañar una posición contraria por parte de la Administración respecto del art. 7.4º, al entender que implicaba una frustración de la finalidad propia de la LEx y que dicha frustración

²² ATS (Sala 3ª) de 2 de octubre de 1985 (RAJ, 1985, nº 4537).

²³ Cf. J. DÍAZ DELGADO y V. ESCUIN PALOP, "La suspensión de los actos administrativos recurridos en el proceso especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales", *RAP*, nº 117, 1988, p. 210.

²⁴ Acerca de las características de este especial procedimiento resulta obligado referirse a la Sent. T.C. 84/1987, de 28 de mayo (BOE, 25-VI-87).

²⁵ De conformidad con la decisión del T.C. citada en la nota anterior, "lo que el ordenamiento procesal vigente no contempla ni puede afirmarse que imponga el art. 24.1º CE es la facultad de utilizar sucesivamente una y otra vía del recurso, de manera que pueda formularse de ordinario, una vez desestimado el especial, con independencia del transcurso de los plazos legales de caducidad de la acción".

²⁶ Recuérdese que el art. 7.4º de esta disposición establecía como regla de base la suspensión del acto impugnado, "salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general".

justificaba la vulneración de intereses generales que dicha Ley trata de defender; incluso, tal planteamiento llegó a prosperar en ocasiones y en términos que no pueden ser de recibo por su carácter genérico y por llegar a otorgar a la excepción la categoría de regla general. De esta suerte se entendía que la suspensión no debía producirse de modo automático ni podía derivarse automáticamente de la admisión a trámite de este particular procedimiento, sino que el Tribunal estaba obligado a ponderar los distintos intereses en presencia e, incluso, la razonabilidad misma del propio procedimiento²⁷.

Dicho planteamiento se desarrolló, sobre todo, en los procesos de expulsión de extranjeros²⁸ argumentándose tres bloques de motivos de dudosa justificación: Uno, genérico, que consideraba que la suspensión de una disposición general podría afectar a gran número de personas, con el grave perjuicio que ello entrañaría para el interés público, no resultando de recibo que con la mera utilización de este procedimiento especial se suspendiesen sistemáticamente los actos de aplicación de las normas legales²⁹. Un segundo, también muy general, que se basaba en la cantidad de casos en que la expulsión pudiera ser demorada con la suspensión y las graves repercusiones que podría producir en el mercado de trabajo, señaladamente en determinadas regiones del territorio español particularmente deprimidas; en definitiva, que de procederse a ésta en la práctica equivaldría a la inaplicación de las normas de extranjería³⁰. Y, por fin, un tercero que entendía que el interés general podía verse menoscabado al decretar la suspensión cuando el extranjero objeto de la medida de expulsión hubiese realizado ciertas actividades como promover altercados en la vía pública³¹ o ejercer la mendicidad³²; ni que decir tiene que este último razonamiento resultaba absolutamente incompatible con el espíritu que animaba el art. 7.º LPJDFP que exigía para que operase la excepción a la regla, es decir, para que no procediese la suspensión, una acreditación individualizada del perjuicio grave para el interés general. La supresión de este precepto operada por la LRJCA de 1998 supone el triunfo de esta doctrina jurisprudencial contraria a la justicia cautelar y claramente regresiva³³.

²⁷ Como pusiera de relieve la STS (Sala 5ª) de 7 de octubre de 1987 (*RAJ*, 1987, nº 6735), “en el proceso especial de la Ley 62/78, la suspensión de la efectividad del acto impugnado no opera en todos los casos de manera automática y obligada por la admisión a trámite del procedimiento, sino que se hace preciso ponderar los distintos intereses que están en juego, incluida la razonabilidad del proceso especial a que se acude muchas veces a la búsqueda de una suspensión de la ejecución del acto”. Este razonamiento ha sido confirmado por el ATS (Sala 5ª) de 18 de enero de 1989, *RAJ*, 1989, nº 207.

²⁸ *Vid.* S.F. UTRERA CARO, “La expulsión de extranjeros del territorio nacional y su suspensión por la vía del art. 7 de la Ley 62/1978 (Un análisis jurisprudencial)”, *RAP*, nº 132, 1993, pp. 265-281. Este autor cubre el periodo comprendido entre enero de 1989 y mayo de 1993 y su objeto de examen lo integran dieciséis autos de los cuales nueve concedieron la suspensión y siete la denegaron.

²⁹ ATS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 31 de diciembre de 1990, *RAJ*, 1990, nº 10246; ATS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 8 de mayo de 1991, *RAJ*, 1991, nº 4027; ATS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 22 de mayo de 1991, *RAJ*, 1992, nº 4158; ATS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 6 de junio de 1991, *RAJ*, 1991, nº 4940; ATS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 26 de junio de 1995, *RAJ*, 1995, nº 5112; ATS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 30 de octubre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 7642; ATS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 14 de marzo de 1997, *RAJ*, 1997, nº 2341.

³⁰ ATS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 14 de marzo de 1991, *RAJ*, 1991, nº 2282; ATS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 8 de mayo de 1991, *RAJ*, 1991, nº 4027 (esta decisión ha sido certeramente criticada por S.F. UTRERA CARO, *loc. cit.*, pp. 275-276); ATS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 6 de junio de 1991, *RAJ*, 1991, nº 4940; STS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 29 de enero de 1996, *RAJ*, 1996, nº 556.

³¹ ATS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 11 de octubre de 1990, *RAJ*, 1990, nº 7613.

³² ATS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 24 de octubre de 1990, *RAJ*, 1990, nº 7788.

³³ *Cf.* J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*

Sin embargo, dentro del margen reducido que ofrecía para los extranjeros el marco jurisdiccional que estamos examinando, debe ponderarse el hecho de que en la mayoría de las ocasiones el T.S. procedió a desechar la construcción anterior insistiendo, al margen de la brevedad del período de duración de la suspensión, en la necesidad de valorar cuidadosamente cada caso concreto³⁴, cuestionando muy seriamente la viabilidad legal del carácter “preferente” previsto en el art. 30 LEx. proyectado a situaciones concretas³⁵ e incluso contentándose con la mera cita del art. 7.4º de la Ley 62/1978 en orden a la satisfacción de la exigencia de motivación³⁶. La doctrina sentada por esta jurisprudencia puede resumirse como sigue: que la suspensión de la medida no afecta en modo alguno a lo que se decida en el procedimiento principal, en función del carácter abreviado del procedimiento, que evita los perjuicios que podrían ocasionársele al sujeto de la medida y que la orden de expulsión no ofrece gran incidencia en el mercado de trabajo como para que suponga un grave perjuicio al interés general³⁷. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en la jurisprudencia más reciente se observan atisbos de un cambio de orientación y en el sentido de no acceder a la suspensión del acto impugnado, por lo que el marco de la Ley 62/1978 vuelve a ser cuestionado en orden a su falta de operatividad³⁸. La LRJCA de 1998 confirmará esta tendencia.

(*Ley 29/1998, de 13 de julio*), 3ª ed., vol. II, Madrid, Civitas, 1998, p. 1926.

³⁴ El ATS (Sala 3ª, Secc. 2ª) de 27 de octubre de 1989 (*RAJ*, 1989, nº 9290) concedió la suspensión de una expulsión afirmando la escasísima incidencia en el mercado de trabajo, “si se tienen en cuenta las estadísticas que periódicamente se conocen”. El ATS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 13 de junio de 1990 (*RAJ*, 1990, nº 4777) entendió que no existía grave perjuicio para el interés general encontrarse internado el prisionero el solicitante de la suspensión. El ATS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 16 de mayo de 1991 (*RAJ*, 1991, nº 4109) desestimó el recurso presentado por el Abogado del Estado contra el acto de suspensión por tener el interesado solicitado permiso de residencia y ser padre de un español menor de edad. El ATS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 12 de enero de 1994 (*RAJ*, 1994, nº 67) consideró que debía accederse a la suspensión por entender que las actividades del extranjero objeto de la medida hacían dudosa la aplicación del procedimiento de carácter preferente del art. 30 LEx. La STS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 17 de abril de 1996 (*RAJ*, 1996, nº 3719) declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra una Sentencia de la A.N. que declaró pieza de suspensión dimanante de un recurso al amparo de la Ley 62/1978, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso y aplicando la teoría expansiva de derechos de establecimiento y residencia a los peruanos, a partir del Convenio de doble nacionalidad de 1959 (sobre la aplicación extensiva de los Convenios de “doble nacionalidad” al régimen de extranjería *Vid.* A. ALVAREZ RODRÍGUEZ, “Régimen jurídico de algunos iberoamericanos en el ordenamiento jurídico español”, *La Ley: Com. eur.*, nº 60, 1990, pp. 8, con aportación de toda la jurisprudencia existente en la materia). La STS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 19 de junio de 1995 (*RAJ*, 1995, nº 5001) consideró que no era razonable acordar la expulsión con base en una genérica invocación del art. 26.1º LEx a una dominicana que había obtenido permiso de trabajo. El ATS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 23 de julio de 1996 (*RAJ*, 1996, nº 5745) confirmó la suspensión decretada por la Sala de instancia por concurrir en el interesado oferta de trabajo permanente y pendencia de resolver su petición de regularización.

³⁵ ATS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 12 de enero de 1994, *RAJ*, 1994, nº 67.

³⁶ Entiende el T.S. en un supuesto de expulsión de un extranjero que no es al particular afectado por la resolución, que invoca frente a ella la vulneración de un derecho fundamental, para el que demanda la tutela judicial por el cauce de la Ley 62/1978, “al que incumbe primariamente la carga de alegar y justificar el concreto interés privado perjudicado por la resolución, pues le basta en principio con el mandato de la regla general del art. 7.4º” [STS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 31 de mayo de 1995, *RAJ*, 1995, nº 4406; *La Ley*, 1995-3, nº 14.584].

³⁷ Cf. S.F. UTRERA CARO, *loc. cit.*, p. 277.

³⁸ ATS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 14 de marzo de 1997, *RAJ*, 1997, nº 2341.

6. Esta posición mayoritaria de la jurisprudencia, al margen de que tras la entrada en vigor de la LRJCA de 1998 prosperará inexorablemente la apuntada tendencia en sentido contrario y muy vinculada a ella, registra una excepción en relación con los actos administrativos que deniegan a los extranjeros la condición de refugiado por aplicación de la doctrina de la no suspensión de los actos administrativos de carácter negativo a la que nos referiremos más adelante. Se considera que de prosperar la suspensión se producirían unos efectos positivos anticipatorios de un eventual resultado favorable del recurso interpuesto en la pieza principal, lo que permitiría al recurrente residir legalmente en España durante este período y le colocaría en una situación más favorable que el resto de los extranjeros que deben obtener el correspondiente permiso de trabajo y de residencia en España de conformidad con las normas de extranjería³⁹. Bien entendido que tal denegación de la suspensión del acto sólo puede justificarse si no gravita sobre el solicitante una inmediata expulsión del territorio nacional. De darse este supuesto debería procederse a la suspensión en lo que concierne a esta última medida y no al acto administrativo de carácter negativo, en concreto, la no concesión de la condición de refugiado.

III. La suspensión del acto recurrido en vía contenciosa- administrativa ordinaria

1. Interés público versus daños o perjuicios de imposible o difícil reparación

7. Cuestión distinta es la de la suspensión de los actos administrativos en materia de extranjería en vía contenciosa ordinaria⁴⁰. Bien entendido que nos encontramos aquí con una interrupción de la ejecución de un acto administrativo que no puede tener un carácter permanente pues lo contrario supondría la revocación misma del mismo y que posee, en principio, un carácter excepcional y transitorio. Se trata, en suma, de una medida cautelar que depende, en cualquier caso del resultado del procedimiento principal y que, por tanto, posee un carácter instrumental⁴¹, por eso puede solicitarse (art. 123 LJCA y art. 129 LRJCA de 1998) y rectificarse en cualquier momento del

³⁹ ATS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 30 de enero de 1991, *RAJ*, 1991, nº 431; ATS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 12 de junio de 1992, *RAJ*, 1992, nº 4801.

⁴⁰ Con carácter general *Vid.* J. GONZÁLEZ PÉREZ, “La suspensión de la ejecución del acto objeto de recurso contencioso administrativo”, *REDA*, nº 5, 1975, pp. 248-255; L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Suspensión de los actos administrativos por los Tribunales contencioso-administrativos: ¿especialidades de la Administración financiera? Diferente amplitud de la suspensión en la vía administrativa y en vía judicial. ‘Suspensión’ y ‘previo pago’”, *RAP*, nº 60, 1969, pp. 175-186; J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Madrid, Montecorvo, 1986; E. OSORIO ACOSTA, *La suspensión jurisdiccional del acto administrativo*, Madrid, M. Pons, 1995; esta última obra de mera recopilación doctrinal, con un reducido estudio de la jurisprudencia española y sin detenerse en el análisis de los problemas concretos.

⁴¹ Continúan siendo de gran utilidad los trabajos clásicos en la materia de C. MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ, *Suspensión de los actos administrativos por los Tribunales de lo Contencioso*, Madrid, Montecorvo, 1963, esp. pp. 41-43; *id.* “El alcance suspensivo del recurso contencioso administrativo en la ejecutoriedad de los actos recurridos”, *Anuario de la Dirección General de lo Contencioso del Estado*, I, 1961. Con carácter más reciente C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991, p. 32.

proceso. En este último caso a la vista de nuevos datos o circunstancias que sean puestos en conocimiento del Tribunal por los interesados⁴².

Sin dejar de resaltar el carácter excepcional, transitorio, provisional y autónomo⁴³ de la suspensión en nuestro ordenamiento, no puede olvidarse que nos hallamos ante un sector que se sitúa dentro de una importante evolución de la jurisprudencia española de los últimos años pero que ofrece perfiles propios. Descartada una solución radical en favor o en contra de la suspensión, el art. 122 LJCA había registrado, en efecto, una interpretación por parte del Tribunal Supremo que tuvo la virtud de ajustar los mecanismos de defensa de los particulares frente a la Administración a los valores constitucionales⁴⁴. Frente a la posición tradicional del rechazo generalizado de la suspensión y sin admitir también de forma generalizada el postulado contrario, por ir en contra del principio de la seguridad jurídica, la jurisprudencia española tuvo el mérito de sentar unas pautas que fueron particularmente relevantes en el Derecho de extranjería. Y antes de pasar al examen de dichas pautas resulta de justicia resaltar el carácter condicionante de la Sent. T.C. 66/1984, de 6 de junio de 1984 cuando afirmó que “el derecho a la tutela se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión”. Consecuentemente el juez ordinario deberá realizar un juicio ponderado en cada caso concreto para determinar si prevalece el principio de eficacia administrativa o la tutela judicial efectiva; en nuestro caso en el ámbito del Derecho de extranjería.

8. En realidad, es el ámbito de la justicia cautelar donde se manifiesta con toda su relevancia la inadecuación entre garantías jurisdiccionales cautelares, que están expresamente establecidas en el Derecho administrativo, y la protección jurídica cautelar con la que cuentan los extranjeros en su impugnación contra los actos sancionadores derivados de las normas de extranjería. Acaso, la suspensión del acto administrativo recurrido no sea un cauce que garantice plenamente la protección de los derechos del extranjero objeto de una medida sancionadora, máxime cuando existe una preocupante tendencia jurisprudencial que rechaza dicha medida cautelar si el daño causado por la no suspensión es compensable mediante indemnización. Se trata de una construcción sumamente peligrosa para proyectarla al sector que estamos examinando que debemos rechazar de plano⁴⁵. Por eso, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá en torno a las consecuencias para los extranjeros de los actos

⁴² ATS (Sala 3ª, Secc. 5ª) de 11 de diciembre de 1991, *RAJ*, 1991, nº 9732.

⁴³ Tomamos partido, pues, en la polémica acerca de la naturaleza autónoma o dependiente de la suspensión respecto del procedimiento principal por poseer la pieza separada un fundamento procesal diverso y en función de la efectividad de la sentencia que se pronuncie acerca del derecho lesionado. *Vid.* al respecto. C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar...*, *op. cit.*, pp. 51-55.

⁴⁴ Cf. J.F. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, “Últimas orientaciones jurisprudenciales sobre supresión contenciosa de actos administrativos (1988-1989)”, *PJ*, nº 17, 1990, p. 179.

⁴⁵ Pese a no contrariar nuestra valoración positiva de la jurisprudencia española en materia de extranjería y, precisamente por ello, deben criticarse decisiones recientes en las que, por ejemplo, ante la denegación de una solicitud de asilo y consiguiente expulsión del territorio español se rechaza la suspensión del acto impugnado aludiendo que “el restablecimiento de la situación anterior a la ejecución serían siempre posibles, con lo cual no resulta vulnerada la tutela efectiva y que en todo caso los daños que con la expulsión se causen podrán ser reparados a medio de la correspondiente indemnización” [ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 19 de setiembre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 6439].

negativos de la Administración, no está de más apuntar aquí la posibilidad de habilitar un cauce procesal distinto a la suspensión cautelar que ha sido desarrollado en la doctrina alemana. Se trata de la “pretensión preventiva”, en virtud de la cual el extranjero solicita del Tribunal que evite precisamente que se consolide el hecho consumado creado por la Administración. El Derecho sancionador de extranjería contempla, en efecto, numerosas situaciones especiales que pudieran justificar una “adecuación de tipo temporal del momento jurídico del fallo con la realidad jurídica que resuelve” a través de la figura que se postula⁴⁶. Ahora bien, una vez manifestado este propósito, resulta oportuno volver a la única medida cautelar posible hoy por hoy, la suspensión del acto impugnado.

9. Como certeramente afirmó la A.N. en su Sentencia de 30 de abril de 1990⁴⁷, de la redacción del art. 122 LJCE se inferían cuatro requisitos para proceder a la suspensión solicitada: a) la existencia de un acto o disposición que es objeto del recurso; b) que con la ejecución de ese acto se ocasione algún daño o perjuicio; c) que daño o perjuicio sea de imposible o difícil reparación, y d) que el actor lo solicite. Ciertamente, en toda suspensión subyace un conflicto de intereses; pero este debe resolverse teniendo en cuenta primordialmente dos consideraciones, una de carácter general que atienda a un hecho objetivo: la lentitud del proceso contencioso-administrativo⁴⁸, y otra de carácter específico: la posibilidad de restablecimiento de la situación anterior a la ejecución⁴⁹; es este caso debe suspenderse la ejecutividad del acto combatido en espera a que la Jurisdicción determine la conformidad o discorformidad del acto impugnado respecto del ordenamiento jurídico, salvo, obviamente, que el perjuicio al interés público resulte desproporcionado o exorbitante⁵⁰. Ello no contraría el postulado de la eficacia de la actuación administrativa recogido en el art. 103.1º CE y su corolario de ejecutividad inmediata, puesto que tal ejecutividad puede dilatarse cuando el acto pudiera ocasionar daños o perjuicios de imposible o difícil reparación⁵¹. En definitiva, como se ha señalado, en todo acto de suspensión debe existir una exquisita ponderación entre dos valores

⁴⁶ Vid. S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “La técnica de la necesidad de protección jurídico-subjetiva en el proceso administrativo español”, *BIMJ*, nº 1670, 1993, pp. 2238-2252, esp. pp. 2248-2249.

⁴⁷ *La Ley*, 1990, nº 11.097.

⁴⁸ Vid. J. TORNOS MAS, “Suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo y doctrina jurisprudencial”, *REDA*, nº 61, 1989, pp. 119-126. Con un carácter más general resultan de gran interés al respecto las contribuciones de J. DELGADO BARRIO, “Crisis de la justicia: el proceso administrativo -una regulación excelente y un resultado decepcionante”, *Crisis de la justicia y reformas procesales*, Madrid, 1988, pp. 403 ss. y de S. MUÑOZ MACHADO, “El derecho a obtener justicia en un plazo razonable y la duración de los procesos contencioso-administrativos”, *REDA*, nº 25, 1980, pp. 310 ss.

⁴⁹ Cuando ya se ha ejecutado el acto impugnado, no cabe suspender la ejecución del mismo. En concreto el ATS (Sala 3ª, Secc. 1ª) de 30 de marzo de 1989 (*RAJ*, 1989, nº 2431), declaró la improcedencia de una solicitud de suspensión de una expulsión ya efectuada. en la que el extranjero pedía que se le permitiera regresar al territorio español hasta que se dictase sentencia firme sobre la legalidad de tal medida.

⁵⁰ ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 19 de julio de 1991, *RAJ*, 1991, nº 5856; *La Ley*, 1991, nº 11.975.

⁵¹ Téngase en cuenta que el principio de la ejecutividad de los actos administrativos no puede predicarse en términos absolutos, sino que debe ponerse en relación con el ejercicio de la tutela judicial efectiva propia de un Estado de Derecho (Vid. C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar...*, op. cit., p. 28.

constitucionales en presencia: el de la tutela judicial efectiva y el de la eficacia de la Administración⁵².

2. Acreditación de la situación jurídica objeto de suspensión: la apariencia de buen Derecho

10. De conformidad con la doctrina sentada por el T.S. las razones de interés público deben ponderarse con gran precisión a la hora de un pronunciamiento que decreta la suspensión del acto administrativo impugnado en pieza separada. Se entiende así que la noción “interés público” es un concepto jurídico indeterminado que debe valorarse en cada caso concreto en función de la actividad administrativa sancionadora. De esta suerte, “cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta 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 de la ejecución en su caso”⁵³. Proyectada esta doctrina al Derecho de extranjería se considera que la suspensión de la ejecución “podría” contrariar al interés público cuando un extranjero reside ilegalmente en el territorio nacional o trabaja sin estar en posesión del correspondiente permiso de trabajo; sin embargo cada situación debe examinarse de forma individualizada. Así, ante una conducta antisocial determinante de condena de faltas por lesiones y amenazas e incumplimiento de indicar el cambio de domicilio el interés público que justifica la expulsión posee “mayor trascendencia que los daños y perjuicios que pueda sufrir el interesado”⁵⁴.

11. Al margen de lo anterior debe tenerse muy presente que el art. 122 LJCE contó con una progresista interpretación jurisprudencial en virtud de la cual la apariencia de buen Derecho de la pretensión articulada se considera motivo suficiente para fundar la suspensión de la ejecución, con independencia del criterio de la irreparabilidad del daño, por así imponerlo el principio de la tutela jurisdiccional efectiva y el de que la necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar a quien tiene la razón. A partir de aquí, en los escritos que soliciten la suspensión del acto administrativo impugnado deben aportarse suficientes razones para considerar la apariencia de “buen Derecho” de su pretensión. Dicha apariencia de “buen Derecho” quedaría seriamente lesionada caso de que la Administración pública ejecutase las sanciones recurridas en el periodo en que esté pendiente una decisión judicial firme con respecto al acto impugnado. Si no fuere así, caso de que se llegue a una decisión estimatoria del recurso y que la Administración haya ejecutado su sanción no sería posible que las cosas volvieran a la situación en que se encontraban

⁵² Acerca del anormal desarrollo del privilegio de decisión ejecutoria y del privilegio de la no suspensión y el cambio de orientación pusieron el marcha las Sents. T.S. (Sala 5ª) de 17 y 21 de julio de 1982 (RAJ, 1982, núms. 4428 y 4442), Vid. J.A. SANTAMARÍA PASTOR, “Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso”, REDA, núms. 100-102, 1983, pp. 1609-1627; A. MARTÍ DEL MORAL, *El recurso de casación contencioso-administrativo. Estudio jurisprudencial de los motivos de casación*, Madrid, McGraw Hill, 1997, pp. 12 ss.

⁵³ ATS (Sala 4ª) de 13 de junio de 1988, RAJ, 1988, nº 5329.

⁵⁴ ATS (Sala 4ª) de 1 de setiembre de 1987, RAJ, 1987, nº 7707.

antes de adoptarse la decisión recurrida. “Este es el riesgo y no otro”, como señala la doctrina administrativista más autorizada y de este tenor debía ser la interpretación del art. 122 LJCA vinculada con el derecho constitucional a una tutela judicial efectiva (art. 24 CE). A partir de aquí, la apariencia de buen Derecho de la pretensión articulada se considera motivo suficiente para fundar la suspensión de la ejecución, con independencia del criterio de la irreparabilidad del daño, por así imponerle el principio de la tutela jurisdiccional efectiva y el de que “la necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar a quien tiene la razón”. Se trata de un principio de Derecho comunitario al que aluden las conclusiones del Abogado General en la Sentencia *Factortame* del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 19 de junio de 1990 y que hace suyo el Auto T.S. (Sala 3ª, Secc. 5ª) de 20 de diciembre de 1990. Como ha señalado dicha resolución, una decisión denegatoria de la suspensión no puede limitarse a reproducir consideraciones de teoría general acerca de la eficacia y eventual suspensión de los actos administrativos para luego afirmar o negar, sin más, que el supuesto de hecho que se discute no cumple los requisitos exigidos para dar la suspensión. “Es necesario razonar suficientemente por qué el caso planteado en vía incidental encaja o no en aquella doctrina general; lo contrario implica una actuación arbitraria y la arbitrariedad está prohibida a los poderes públicos (art. 9.3º CE), y, por tanto, también a los Tribunales de Justicia”⁵⁵. Los recurrentes en súplica deberán de demostrar, por tanto, que la fundamentación jurídica del auto impugnado adolece de la nota de generalidad al no subsumir el supuesto concreto en la doctrina general contenida en dicha fundamentación y entrar, por tanto, en el tenor del *obiter dictum* reproducido⁵⁶. Sobre este extremo volveremos más adelante.

Existen ejemplos en el ámbito del Derecho sancionador de extranjería en donde la nuestros Tribunales se han pronunciado acerca de si la apariencia de buen derecho queda suficientemente acreditada. Así, la mera condición de un país, como Gran Bretaña, miembro de la CE no se considera *fumus boni iuris* y, por tanto, no determina *per se* la procedencia de la suspensión⁵⁷. Tampoco se considera que existe esa apariencia por el hecho de solicitar “la suspensión de una posible advertencia u orden de abandonar el territorio español” mientras se tramita la pieza principal⁵⁸. Por el contrario, el hecho de manifestar una voluntad de trabajar en España estableciéndose por cuenta propia y realizándose trámites idóneos para la regularización administrativa constituye apariencia de buen derecho⁵⁹.

⁵⁵ *RAJ*, 1990, nº 10412; *La Ley*, 1991, nº 11.420. Esta doctrina ha sido confirmada por numerosas decisiones entre las que cabe citar las siguientes: ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 17 de enero de 1991 (*RAJ*, 1991, nº 503); Autos T.S. (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 9 de diciembre de 1993 (*RAJ*, 1993, núms. 9548 y 9549); ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 31 de enero de 1994, *RAJ*, 1994, nº 266); STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 26 de julio de 1996 (*RAJ*, 1996, nº 5721), o STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 27 de julio de 1996 (*RAJ*, 1996, nº 5722). *Vid.* el comentario al Auto de 20 de diciembre y a toda la jurisprudencia posterior en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares...*, *op. cit.*, pp. 158-188.

⁵⁶ *Vid.* J. VECINA CIFUENTES, “La trascendencia del *fumus boni iuris* como presupuesto de las medidas cautelares. Especial consideración a los procesos administrativo y constitucional (a propósito del Auto TC de 1 de diciembre de 1993)”, *R.D.Proc.*, 1995, pp. 259-288.

⁵⁷ ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 17 de setiembre de 1992, *RAJ*, 1992, nº 6838.

⁵⁸ Auto. T.S. (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 22 de noviembre de 1996 (*RAJ*, 1996, nº 8943). En este caso se admitió el recurso interpuesto por el Abogado del Estado por considerar que la Sala de Primera Instancia había cometido una incongruencia *extra petitum*.

⁵⁹ STS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 7 de mayo de 1993, *RAJ*, 1993, nº

12. No obstante la dicción literal del art. 122.2º LJCA, la suspensión de los actos administrativos continuaba siendo en nuestro Derecho una medida de excepción respecto del principio general de ejecutividad de los mismos, por lo que sólo podía otorgarse en sede jurisdiccional cuando la ejecución hubiese de producir daños o perjuicios de reparación imposible o difícil. A partir de aquí, la doctrina general del T.S. que estamos examinando ofrecía una importante proyección en el Derecho de extranjería en orden a la admisión de la suspensión del acto impugnado cuando éste pudiese generar situaciones irreversibles o de imposible o difícil reparación. Resulta complicado, sin embargo, obtener unas reglas generales en función del casuismo con el que debe ponderarse esta materia basado, fundamentalmente, en circunstancias personales, familiares, económicas y de otra índole que concurren en las personas que inician la vía contenciosa y, al tiempo, instan la pieza separada de suspensión. Dicha ponderación corresponde por entero a la Sala ante la que se interponga en correspondiente recurso contencioso-administrativo, que debe valorar caso por caso los elementos de concreción y justificación aportados y, asimismo, la existencia de perjuicios de reparación imposible que justifican la suspensión del acto recurrido.

Para el antes citado Auto del T.S. de 20 de diciembre de 1990, la apariencia de buen Derecho, “aún siendo sólo eso, basta en un proceso cautelar para otorgar la protección cautelar solicitada”. En efecto, el art. 122 LJCE sólo podía ser interpretado correctamente cuando se le ponía en relación con el art. 72 LPA, que es la norma general reguladora de las medidas cautelares, donde se dice que éstas tienen por finalidad “asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer”; y este es el mismo tenor que se desprende del art. 1428 LEC, tras la nueva redacción otorgada por la Ley de 8 de agosto de 1984⁶⁰. Se trata de dos preceptos que buscan una exquisita coherencia entre la vía revisora judicial y la vía previa administrativa, coherencia cuyo fundamento único y esencial es la salvaguardia del principio de la tutela judicial efectiva que nuestra Constitución establece. La consecuencia no es otra que la imposición de un deber tanto a la Administración como a los Tribunales de Justicia de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad de la futura decisión judicial que oportunamente se dicte. La necesaria valoración en este caso concreto, de la colisión de intereses públicos y privados, ha de resolverse, como ha puesto de relieve la Audiencia Nacional en Auto de 12 de junio de 1997, prestando atención preferente a las singularidades del asunto, para determinar si prevalecen o no las exigencias del interés público en relación con la ejecución del acto administrativo de que se trate. Si, “dichas exigencias no son relevantes y los perjuicios que puedan derivarse para el particular de la inmediata ejecución del acto puedan entenderse como de elevada consideración, éstos deberán ser considerados preferentes”.

Esta doctrina, como se verá más adelante, no tiene un valor general debiéndose aplicar caso por caso. Sin embargo, la práctica nos marca una serie de pautas. En primer lugar, que las dificultades que pueda acarrear la defensa en el proceso para los extranjeros obligados a salir del territorio español no poseen un carácter decisivo para decretar la suspensión de una medida; esta circunstancia debe ir acompañada de

⁶⁰ Vid. M. LAFUENTE BENACHES, “Ampliación de las medidas cautelares. La aplicación del art. 1428 de la LEC al proceso contencioso administrativo”, *RGLJ*, nº 596, 1994, pp. 4983 ss.

alguna circunstancia complementaria⁶¹. En segundo término, que el hecho de que el sujeto objeto de la sanción sea nacional de un país miembro de la C.E. condiciona favorablemente en favor de la adopción de la pieza separada de suspensión con apoyo en el R.Decreto 1099/1986, de 26 de mayo⁶² y, con posterioridad, en el R.Decreto 766/1992, de 26 de junio⁶³ sobre entrada, permanencia y trabajo en España de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados Partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, modificado por el R.Decreto 737/1995, de 5 de mayo⁶⁴ y por el R.Decreto 1710/1997, de 14 de noviembre. Se trata, como se ha apuntado, de un juicio favorable que ha solido prosperar, aunque la jurisprudencia que examinamos también ha puesto de relieve que la mera condición de nacional de un Estado miembro de la Comunidad Europea, “no determina per se la procedencia de la suspensión, con base en un supuesto *fumus iuris* en favor de la estimación del recurso”⁶⁵.

3. Circunstancias que motivan la suspensión

13. La práctica es verdaderamente abrumadora en la materia y requiere una sistematización⁶⁶. Veamos antes dos ejemplos particulares. Ante el recurso de apelación deducido por el Abogado del Estado contra la suspensión de una medida de expulsión de un extranjero concedida por la Audiencia Nacional, el Auto T.S. (Sala 4ª) de 6 de febrero de 1988 confirmó la pertinencia de tal suspensión por “los daños irreparables que se podrían causar al interesado radicado desde hace varios años y en posesión de bienes inmuebles en España”⁶⁷. En un supuesto similar, en recurso contra un Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el Auto T.S. (Sala 3ª, Secc. 6ª)

⁶¹ ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 18 de setiembre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 6467.

⁶² *Vid.* J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Entrada, permanencia y trabajo en España de nacionales de Estados miembros de la Comunidad Europea”, *La Ley: Com. eur.*, nº 19, 1986, pp. 1-6.

⁶³ *Vid.* A. ALVAREZ RODRÍGUEZ, “Régimen de extranjería comunitaria en el ordenamiento jurídico español (Análisis del R. Decreto 766/92, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas), *La Ley: Com. eur.*, nº 80, 1993, pp. 1-8.

⁶⁴ ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 5 de diciembre de 1991, *RAJ*, 1991, nº 9203; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 15 de julio de 1992, *RAJ*, 1992, nº 5843; Auto T.S. (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 21 de setiembre de 1993, *RAJ*, 1993, nº 6502; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 27 de octubre de 1993, *RAJ*, 1993, nº 7204; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 24 de enero de 1994, *RAJ*, 1994, nº 61; Auto T.S. (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 11 de julio de 1994, *RAJ*, 1994, nº 5591; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 14 de julio de 1994, *RAJ*, 1994, nº 5632; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 20 de setiembre de 1994, *RAJ*, 1994, nº 6755; Auto T.S. (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 26 de setiembre de 1994, *RAJ*, 1994, nº 7360; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 27 de setiembre de 1994, *RAJ*, 1994, nº 6801; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 28 de setiembre de 1994, *RAJ*, 1994, nº 7273; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 23 de diciembre de 1994, *RAJ*, 1994, nº 10128; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 10 de mayo de 1995, *RAJ*, 1995, nº 3717; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 27 de abril de 1995, *RAJ*, 1995, nº 3077; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 18 de setiembre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 6420; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 12 de diciembre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 9879; Sent. T.S (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 9 de febrero de 1996, *RAJ*, 1996, nº 1057; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 4 de marzo de 1996, *RAJ*, 1996, nº 2049; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 22 de marzo de 1996, *RAJ*, 1996, nº 2536; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 20 de enero de 1997, *RAJ*, 1997, nº 260.

⁶⁵ ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 17 de setiembre de 1992, *RAJ*, 1992, nº 6838;

⁶⁶ *Vid.* la efectuada por J.L. REQUERO IBÁÑEZ, *Extranjería y refugio...*, *op. cit.*, pp. 218-221, aunque resulta extremadamente parcial, por aportar un número reducido de decisiones e insistir en las circunstancias que condicionan en rechazo de la suspensión y no en las contrarias, que son mucho más variadas y numerosas como tendremos ocasión de exponer.

⁶⁷ *RAJ*, 1988, nº 777.

de 28 de setiembre de 1993 entendió que el interesado tenía suficiente arraigo en España (matrimonio con española, pensión provisional, exención de obligatoriedad de obtención de visado y contrato de arrendamiento) y que la ejecución de la sanción habría de producirle unos perjuicios de reparación difícil, “que en parte afectarían a su esfera personal”⁶⁸. Describir todos los casos nos haría perder el hilo conductor de la exposición, por lo que nos limitaremos a elaborar una clasificación de las circunstancias apreciadas para determinar la irreparabilidad del daño que se desprenden de un exhaustivo examen jurisprudencial. Dicho examen desprende, sin embargo dos denominadores comunes: que el recurso de casación deducido por el Abogado contra la declaración de la suspensión es rechazado sistemáticamente⁶⁹ admitiéndose, sin embargo, éste si quien lo interpone es el particular al que se le denegó la suspensión en la instancia. A ello debe añadirse que la sustancia de esta jurisprudencia reside en la valoración de las circunstancias concretas de cada caso, aunque excepcionalmente se ha decretado y confirmado la suspensión sin realizar esta operación partiendo de una apriorística declaración de perjuicios irreparables para el solicitante, lo cual puede resultar excesivo⁷⁰.

14. El referido examen jurisprudencial registra las siguientes circunstancias apreciables para decretar la suspensión: A) Personales: se vinculan fundamentalmente a la realización de estudios en España, a la práctica de actividades atléticas⁷¹, o a la convivencia estable en nuestro país con familiares o compañeros⁷² o con nacionales

⁶⁸ *RAJ*, 1993, nº 6525,

⁶⁹ Existen, sin embargo, algunas excepciones basadas en razones de orden público: ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 19 de enero de 1995, *RAJ*, 1995, nº 502 o en el principio general de la eficacia administrativa: ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 6 de junio de 1995, *RAJ*, 1995, nº 5869. Esta última decisión resulta de interés por contradecir la prácticamente unánime jurisprudencia en contrario: “la mera permanencia en el territorio, dedicado a una actividad más o menos tolerada, aunque no legalizada, con el fin de proveerse de medios de subsistencia, constituye una situación de auténtico desarraigo y marginación, que, aun atendible socialmente con el fin de remediarse, no merece jurisdiccionalmente la protección”.

⁷⁰ En concreto, el ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 24 de enero de 1994 (*RAJ*, 1994, nº 61) pondera los eventuales daños de una expulsión a partir del obligado cambio de residencia, que son “difícilmente evaluables económicamente e incluso compensables”. Por su parte, el ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 5 de julio de 1995 (*RAJ*, 1995, nº 5525) presume a efectos cautelares de suspensión que concurren en el supuesto circunstancias acreditativas de arraigo y trabajo estable en el interesado. Una posición similar se recoge en la STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 24 de setiembre de 1996 (*RAJ*, 1996, nº 6457).

⁷¹ Se considera circunstancias válidas para admitir la suspensión: el abandono de los estudios comenzados (ATS (Sala 3ª, Secc. 4ª) de 5 de abril de 1993, *RAJ*, 1993, nº 2682; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 26 de junio de 1996, *RAJ*, 1996, nº 5032; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 15 de octubre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 7068; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 20 de diciembre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 8916); tener hijos escolarizados (ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 19 de enero de 1995, *RAJ*, 1995, nº 57); no interrupción de la preparación académica del solicitante (ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 13 de marzo de 1995, *RAJ*, 1995, nº 2966) o ser una atleta de élite (ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 5 de junio de 1992, *RAJ*, 1992, nº 4774).

⁷² Se aceptan circunstancias tales como vivir con una hermana en una vivienda alquilada por la interesada y con un novio de nacionalidad española (STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 15 de marzo de 1996, *RAJ*, 1996, nº 2385); convivir por un período determinado con un español (STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 6 de marzo de 1995, *RAJ*, 1995, nº 1865; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 11 de octubre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 7001); convivir en España varios años con una compañera que le sufraga sus gastos de estancia (ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 16 de enero de 1995, *RAJ*, 1995, nº 501) o, incluso, con un

españoles⁷³. B) Familiares: Dentro de éstas destacan aquellas bienintencionadas que tratan de no perturbar la convivencia y el arraigo familiar del solicitante⁷⁴, o de no comprometer o destruir la convivencia conyugal de los esposos⁷⁵. En definitiva, la ruptura de la unidad familiar aunque ésta esté en crisis⁷⁶. Junto a estas circunstancias, se incorporan otras relativas a la existencia de vínculos familiares a las que, en ocasiones, se unen ciertos elementos de arraigo de menor entidad que se utilizan con carácter complementario⁷⁷. C) Económicas: Existe una de carácter general cual es la acreditación de suficientes medios económicos, desarrolla una actividad lucrativa o

compañero de la misma nacionalidad con permiso de residencia (STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 22 de enero de 1992, *RAJ*, 1992, nº 214).

⁷³ STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 13 de setiembre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 6436.

⁷⁴ ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 22 de junio de 1994, *RAJ*, 1994, nº 4888; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 10 de noviembre de 1994, *RAJ*, 1994, nº 8752; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 30 de mayo de 1995, *RAJ*, 1995, nº 4037; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 24 de octubre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 7391; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 14 de noviembre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 8191.

⁷⁵ ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 24 de enero de 1995, *RAJ*, 1995, nº 312.

⁷⁶ En concreto, tener que abandonar el marido el territorio español o bien la necesidad de salir también la mujer, dejando ésta el resto de su familia en España (ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 16 de julio de 1991, *RAJ*, 1991, nº 5849; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 5 de diciembre de 1991, *RAJ*, 1991, nº 9204; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 16 de julio de 1993, *RAJ*, 1993, nº 5509; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 25 setiembre 1993, *RAJ*, 1993, nº 6567; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 27 de setiembre de 1993, *RAJ*, 1993, nº 6568; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 26 de febrero de 1996, *RAJ*, 1996, nº 1352; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 11 de abril de 1996, *RAJ*, 1996, nº 3198); vivir junto a un marido de nacionalidad española (ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 13 de julio de 1992, *RAJ*, 1992, nº 5838; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 25 de enero de 1995, *RAJ*, 1995, nº 321; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 11 de julio de 1995, *RAJ*, 1995, nº 5633; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 11 de julio de 1995, *RAJ*, 1995, nº 5634; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 18 de setiembre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 6419; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 31 de octubre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 7396; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 10 de mayo de 1996, *RAJ*, 1996, nº 4350; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 4 de octubre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 6989; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 18 de octubre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 7073; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 18 de diciembre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 8910), o estar casado con un nacional español aunque el matrimonio esté separado (STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 19 de setiembre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 6433; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 4 de noviembre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 7892; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 13 de enero de 1997, *RAJ*, 1997, nº 125), o en trámite de separación o de divorcio (ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 6 de noviembre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 8127; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 9 de diciembre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 8765); estar casado con una extranjera con residencia legal en España, teniendo hijos de corta edad (STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 2 de julio de 1996, *RAJ*, 1996, nº 5507).

⁷⁷ Ser madre de un residente legal en España y concurrir una apariencia de buen derecho respecto a una eventual exención de visado (STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 5 de julio de 1996, *RAJ*, 1996, nº 5641; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 4 de octubre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 6988); ser hijo de madre española titular de un negocio en el que trabaja (ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 20 de octubre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 7388); tener un hijo español de padre español (STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 13 de enero de 1997, *RAJ*, 1997, nº 127) o que haya nacido en España y sea de corta edad (STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 15 de enero de 1997, *RAJ*, 1997, nº 132); tener un hijo que cursa estudios regularmente en España (ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 24 de mayo de 1995, *RAJ*, 1995, nº 4030; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 10 de octubre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 7052); vivir con los padres siendo menor de edad y asistiendo regularmente al colegio (STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 16 de julio de 1996, *RAJ*, 1996, nº 5648); vivir con los padres y estar inscrito en el registro de trabajadores extranjeros (STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 19 de setiembre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 6447); vivir con una madre que posee permiso de trabajo y de residencia en España (STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 20 de diciembre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 8919); tener abuelos en España de edad avanzada y enfermos (STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 27 de octubre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 7393); residir en Melilla con su familia y poseer DNI español (STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 1 de diciembre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 9011).

cuenta con especial arraigo en España⁷⁸ que, en ocasiones se limita a verificar la existencia del arrendamiento de una vivienda en nuestro país⁷⁹; y, a su lado, otras específicas referidas a administrar negocios de hostelería⁸⁰ o a ser accionista de una sociedad mercantil con sede en España⁸¹. D) Laborales: Estamos aquí ante un amplio catálogo de situaciones que contempla desde empleos de carácter temporal o muy precario en el mercado de trabajo⁸², hasta la simple creencia de que la situación laboral se encontraba legalizada⁸³. D) Derivadas de no vulnerar el régimen de extranjería, bien por considerar que no concurren las circunstancias insertas en los conceptos jurídicos indeterminados que incluye la normativa de extranjería⁸⁴, o bien por haber realizado el extranjero una serie de actividades tendentes a estabilizar su situación en España⁸⁵ incluyéndose dentro de este apartado la solicitud de asilo⁸⁶.

⁷⁸ STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 25 de marzo de 1996, *RAJ*, 1996, nº 2591.

⁷⁹ STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 26 de setiembre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 6526.

⁸⁰ Regentar un negocio familiar por quienes instan su legalización en España y no obtienen respuesta de la Administración (ATS (Sala 3ª, Secc. 4ª) de 5 de abril de 1993, *RAJ*, 1993, nº 2683); regentar un local de bebidas alcohólicas o de hostelería de su propiedad (ATS (Sala 3ª Secc. 6ª) de 18 de noviembre de 1991, *RAJ*, 1991, nº 8277; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 20 de setiembre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 6442).

⁸¹ STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 26 de diciembre de 1994, *RAJ*, 1995, nº 498; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 13 de noviembre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 8162; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 11 de octubre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 6998.

⁸² Dedicarse a la venta ambulante [ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 19 de enero de 1995, *RAJ*, 1995, nº 57; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 10 de noviembre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 8151; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 12 de abril de 1996, *RAJ*, 1996, nº 3206]; trabajar como agente de publicidad percibiendo las remuneraciones correspondientes [STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 11 de octubre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 7000]; trabajar en una inmobiliaria de propiedad extranjera vendiendo o alquilando apartamentos [ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 10 de julio de 1991, *RAJ*, 1991, nº 5838; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 29 de octubre de 1992, *RAJ*, 1995, nº 8071].

⁸³ ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 15 de mayo de 1992, *RAJ*, 1992, nº 3633.

⁸⁴ Falta de constancia de que el sujeto objeto de la expulsión realice conducta antisocial o peligrosa en un momento en que el Gobierno acordó la regularización de los extranjeros [ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 7 de abril de 1993, *RAJ*, 1993, nº 2697. *Vid.* sobre esta última cuestión, A. BORRÁS RODRÍGUEZ y otros, *El trabajador extranjero y la regularización de 1991*, Barcelona, Fud. P.T. Domènech, 1991].

⁸⁵ Haber obtenido autorizaciones de residencia aunque con carácter discontinuo teniendo arraigo en España (ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 28 de setiembre de 1993, *RAJ*, 1993, nº 6570; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 29 de abril de 1996, *RAJ*, 1996, nº 3612; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª), de 18 de julio de 1996, *RAJ*, 1996, nº 5649); haber obtenido el oportuno permiso de trabajo antes de que la Administración decretara la expulsión, estas situaciones son muy frecuentes ante la actitud gubernativa de expulsar a nacionales de determinados países extranjeros, señaladamente dominicanos (ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 25 de octubre de 1993, *RAJ*, nº 7504; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 13 de julio de 1994, *RAJ*, 1994, nº 5627; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 5 de julio de 1996, *RAJ*, 1996, nº 5512; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 23 de julio de 1996, *RAJ*, 1996, nº 5719; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 30 de setiembre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 6531; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 10 de enero de 1997, *RAJ*, 1997, nº 121; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 10 de enero de 1997, *RAJ*, 1997, nº 124); contar con una oferta de trabajo y haber presentado la solicitud de concesión de permiso de trabajo (STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 8 de noviembre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 7900); haber solicitado permiso de trabajo y residencia a los fines de acogerse a la regularización y ante la denegación haber presentado los oportunos recursos (ATS (Sala 3ª Secc. 6ª) de 18 de noviembre de 1991, *RAJ*, 1991, nº 8277; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 19 de setiembre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 6432; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 5 de febrero de 1996, *RAJ*, 1996, nº 940; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 26 de febrero de 1996, *RAJ*, 1996, nº 1353; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 17 de febrero de 1996, *RAJ*, 1996, nº 1694; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 3 de abril de 1996, *RAJ*, 1996, nº 3040 (aportando también certificación del Alcalde del lugar de residencia); Sentencias T.S. (Sala 3ª, Secc.

IV. Problemas particulares

1. Incidencia de los actos administrativos de contenido negativo

15. La presencia de los actos administrativos de contenido negativo y sus consecuencias respecto a su eventual suspensión ofrece particular relevancia en el Derecho de extranjería. Un ejemplo lo ofrecen las resoluciones que deniegan el permiso de residencia o de trabajo respecto de las cuales se solicita la suspensión con motivo de la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo. Aquí la suspensión juega un papel muy distinto que en los expedientes de expulsión pues su consecución equivaldría a un otorgamiento provisional de lo solicitado y denegado y, en consecuencia, podría desvirtuarse la naturaleza cautelar de la institución contemplada en el art. 122 LJCA. La jurisprudencia española es consciente de los inconvenientes que tal planteamiento puede acarrear para el solicitante, pero considera que en estos casos debe prevalecer el interés público en la ejecución del acto administrativo⁸⁷; ello con independencia de que el recurso contencioso administrativo pueda y deba prosperar en muchas ocasiones.

Mas la práctica administrativa en materia de extranjería desborda estas previsiones en función de las consecuencias diversas que puede implicar una resolución y sus eventuales repercusiones en orden a su eventual suspensión. Si nos encontramos ante una simple denegación de una solicitud de exención de visado efectuada por un extranjero no existe inconveniente en aplicar la anterior doctrina. Mas si dicha medida acarrea la orden de salida de España en un plazo de quince días, la solicitud de suspensión de esa parte de la resolución si puede prosperar, concretándose en la prohibición de exigir el visado durante la tramitación del procedimiento. De esta suerte se suspende la ejecutividad de la medida de expulsión,

6ª) de 19 de julio de 1996, *RAJ*, 1996, nº 5653 y 5654; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 23 de julio de 1996, *RAJ*, 1996, nº 5879; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 13 de setiembre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 6435); no haber renovar el permiso de residencia por sustracción del pasaporte (ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 11 de enero de 1992, *RAJ*, 1992, nº 11) o, simplemente, estar pendiente la resolución de un recurso sobre la denegación de permiso de trabajo y residencia (STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 20 de setiembre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 6525; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 15 de enero de 1997, *RAJ*, 1997, nº 133.

⁸⁶ STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 12 de julio de 1996, *RAJ*, 1996, nº 5534; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 30 de setiembre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 6528. *Vid.* I. DÍEZ DE AGUILAR, “La solicitud de asilo”, *Derecho de extranjería, asilo y refugio, op. cit.*, pp. 555-579; J. GALPARSORO GARCÍA, “Solicitud de asilo en territorio nacional”, *ibid.*, pp. 581-613 y, sobre todo, C.M. MONTERO ELENA, “Garantías procesales del derecho de asilo”, *ibid.*, pp. 615-644.

⁸⁷ “El riesgo de ser expulsada de España, que amenaza a la recurrente, no está vinculado en modo alguno a la ejecución del acto recurrido, ni puede imputarse por tanto a éste” [ATS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 13 de diciembre de 1989, *RAJ*, 1989, nº 8746]. Máxime al estar el apelante acusado de un delito de robo, con proceso pendiente [ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 20 de julio de 1991, *RAJ*, 1991, nº 5858]. Agotado el período inicial de permanencia de noventa días la interesada reconoció que no había solicitado el visado en la Embajada de España en Managua [ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 16 de julio de 1991, *RAJ*, 1991, nº 5845]. La resolución denegatoria del permiso de residencia no incorpora propiamente una orden de expulsión que corresponde adoptar al órgano administrativo competente y que constituye un acto administrativo diferente (STS (Sala 3ª, Secc. 4ª) de 18 de setiembre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 6609).

no generándose con ello la suspensión de un acto negativo⁸⁸. Esta doctrina se extiende, como es natural, a los supuestos de denegación de permisos de trabajo y de residencia cuando ésta lleve aparejada la orden de salida inmediata de España del interesado y, en caso contrario, procederse a su expulsión⁸⁹ y, asimismo, a los de denegación de la tarjeta familiar de residente comunitario⁹⁰, de denegación de una solicitud de asilo⁹¹ o de denegación de la tarjeta de estudiante por carecer de medios económicos⁹². No se extiende, sin embargo, a los supuestos de denegación de un permiso de trabajo para la realización de actividades profesionales, pues la suspensión de la ejecución de un acto negativo daría lugar a una modificación de la situación jurídica preexistente y dicha denegación no tiene por qué poner en marcha un procedimiento de expulsión⁹³.

En los últimos tiempos, sin embargo, se está observando una inflexión en esta última línea jurisprudencial que, de generalizarse, puede resultar preocupante. Se habla así de que en la actual doctrina de la Sala 3ª, Sección 6ª del T.S. “no se accede con caracteres de generalidad a la suspensión de los acuerdos impugnados que determinan expulsiones de extranjeros..., sino que se ha matizado muy positivamente el criterio positivo, reservándose para aquéllos casos en que se trata de ciudadanos europeos o de personas con verdadero arraigo, fundamentalmente familiar, en España”⁹⁴. Tal afirmación, como puede comprobarse, no se acomoda a la realidad que estamos examinando y más bien parece la opinión de un ponente aislado, pero su generalización en sede del recurso ordinario contencioso-administrativo supondría un retroceso en el capítulo de derechos y libertades de los extranjeros en España y un triunfo de aquéllos que quieren imponer sin las debidas garantías un Derecho sancionador que había sido templado jurisprudencialmente. Es precisamente en este sector, donde la suspensión no garantiza suficientemente la tutela efectiva de los

⁸⁸ ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª), de 19 de junio de 1991, *RAJ*, 1991, nº 5856; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 15 de julio de 1992, *RAJ*, 1992, nº 5842; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 28 de febrero de 1994, *RAJ*, 1994, nº 982; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 27 de setiembre de 1994, *RAJ*, 1994, nº 6801; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 27 de setiembre de 1994, *RAJ*, 1994, nº 6802; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 18 de mayo de 1995, *RAJ*, 1995, nº 4019; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 20 de junio de 1995, *RAJ*, 1995, nº 4779.

⁸⁹ ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 10 de julio de 1991, *RAJ*, 1991, nº 5836; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 22 de enero de 1992, *RAJ*, 1992, nº 25; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 5 de junio de 1992, *RAJ*, 1992, nº 4774; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 24 de enero de 1994, *RAJ*, 1994, nº 61; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 8 de noviembre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 8759; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 7 de diciembre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 9118; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 25 de noviembre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 9570; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 4 de octubre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 6990; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 8 de octubre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 6994; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 10 de octubre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 6997.

⁹⁰ Pues la titular podría quedar indocumentada con las funestas consecuencias para quien desarrolla un trabajo profesional en España: ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 27 de setiembre de 1994, *RAJ*, 1994, nº 6804; en un sentido similar cabe aludir a la STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 23 de diciembre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 9368.

⁹¹ ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 5 de junio de 1991, *RAJ*, 1991, nº 4906;

⁹² STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 23 de diciembre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 9370.

⁹³ ATS (Sala 3ª, Secc. 4ª) de 14 de julio de 1995, *RAJ*, 1995, nº 6001.

⁹⁴ ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 18 de setiembre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 6467; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 19 de setiembre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 6439; en esta decisión se considera que en, función de las circunstancias concurrentes en el solicitante de asilo, no se deriva un riesgo efectivo caso de producirse la medida de expulsión. Abunda en un planteamiento similar la STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 30 de octubre de 1995 (*RAJ*, 1995, nº 7320) al no considerar daño para el recurrente el hecho de carecer de medios para volver a España caso de proceder la expulsión.

extranjeros, en donde instituciones cautelares como la ya delimitada “pretensión preventiva” alcanza su auténtico sentido.

2. *Quiebra del principio de solvencia de las Administraciones públicas*

16. En el ámbito de las sanciones pecuniarias, siempre es factible la posibilidad de prestar caución⁹⁵. Indudablemente, el interés público queda respaldado, a través de la excepcionalidad de la medida de suspensión y dicha excepcionalidad está confirmada por reiterada jurisprudencia de la A.N. y del T.S., y responde plenamente a la satisfacción de los referidos intereses públicos en juego y a la solvencia de la Administración. Más esa satisfacción y esa solvencia no quedan en modo alguno lesionados con la prestación de la oportuna caución, mediante aval bancario, mas los intereses legales correspondientes o la acreditación fehaciente de la presentación del mismo en vía económico administrativa y la extensión de sus efectos a la vía contencioso-administrativa. Este cauce, cabe insistir, no lesiona en modo alguno los intereses públicos implicados. Es más, en vía de amparo constitucional, puede darse el caso de que la constitución de la correspondiente caución no sea necesaria si no se produce una perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales y libertades públicas de un tercero⁹⁶.

A ello debe añadirse, en términos de interés legítimo de la Administración, que es ésta quien corre con los riesgos de la ejecución de un acto que no es firme “de suerte que el administrado no deberá sufrir perjuicio alguno por consecuencia de una actividad de la Administración que la revisión judicial posterior declara ilegal: no debe confundirse la 'eficacia' -inmediata- del acto administrativo con su 'validez' -verificada en un control jurisdiccional posterior”⁹⁷. Y, además no debe olvidarse que el art. 122.2º LJCA establece que “procederá la suspensión cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil”. Precisamente, la dicción literal de dicho precepto ha dado lugar, hasta fechas muy recientes, a una interpretación restrictiva del mismo al partir nuestra jurisprudencia de la presunción de solvencia económica de la Administración. Sin embargo, el art. 24.1 de la Constitución Española vino a alterar profundamente el estado de la cuestión, obligando a revisar la aplicación sistemática del postulado de la solvencia económica de la administración⁹⁸. En tal sentido la Sent. T.C. de 6 de junio de 1984 dejó sentado que: “La rigurosidad de la regla de la no suspensión arbitrando para las hipótesis estimatorias del recurso difíciles fórmulas reintegrativas o permitiendo situaciones irreversibles, o generando de una u otra forma limitaciones carentes de justificación respecto del acceso a la jurisdicción, podrán dañar el derecho a la tutela judicial”. Precisamente, a partir de la referida decisión nuestra jurisprudencia ha reaccionado vigorosamente contra el dogma de la solvencia económica de la Administración produciéndose lo que ha sido denominado por la doctrina una “superación del principio de solvencia y reparabilidad de los daños de naturaleza económica”. De ello

⁹⁵ Vid. F. SAÍNZ MORENO, “Suspensión del acto administrativo y caución suficiente”, *REDA*, nº 15, 1977, pp. 659-663

⁹⁶ Auto T.C. 101/1980, de 20 de noviembre, *JC*, 1980, t. I, pp. 529 ss.

⁹⁷ STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 20 de marzo de 1990, *RAJ*, nº 2243; STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 19 de setiembre de 1996, *RAJ*, 1996, nº 6447.

⁹⁸ Vid. J.A. SANTAMARÍA PASTOR, “Tutela judicial efectiva...”, *loc. cit.*, pp. 1619-1621.

es buena muestra el Auto T.S. (Sala 4ª) de 27 de enero de 1988 al entender que partiendo del “principio general de la ejecutividad del acto administrativo..., sin embargo, en una razonable ponderación de los intereses en juego dada la cuantía de la multa y la incidencia que su pago inmediato puede producir en la economía” de la actora, parece acertado el criterio de suspensión del acto mantenido por la Audiencia...”⁹⁹.

17. Esta doctrina posee un reflejo de cierta importancia en el desarrollo del Derecho sancionador de extranjería, toda vez que el art. 27 LEx establece que las infracciones en el sector podrán ser sancionadas con multa de hasta 2.000.000 de pesetas atendiendo a la capacidad económica y el grado de voluntariedad del infractor, así como si es o no reincidente, siendo este precepto desarrollado por los arts. 99 a 101 REx¹⁰⁰. Y la importancia se proyecta principalmente en el sector del servicio doméstico, donde se produce un gran número de irregularidades. Detectado el incumplimiento e instruido el expediente se plantea aquí la pertinencia de la suspensión impuesta en el sentido de que su ejecutividad podría dar lugar a daños y perjuicios de difícil o imposible reparación dentro de una economía doméstica. Existen pocos precedentes en la materia, pero la tendencia se inclina por la proyección de la doctrina general en materia de sanciones pecuniarias y hacia la admisión de una caución que paralice la ejecución en tanto se sustancie la pieza principal del procedimiento¹⁰¹.

3. Motivación y acreditación de las causas que aconsejan la suspensión del acto impugnado

18. La generalidad de los recursos presentados por la Abogacía del Estado para combatir el acuerdo de suspensión han sido rechazados por el T.S. al exigir la acreditación o concreción fehaciente de los daños de imposible o difícil reparación, rechazándose meras alegaciones de carácter abstracto que hacen suponer que los perjuicios son inexistentes y rechazándose también la cita genérica de decisiones acerca de la ejecutividad de los actos administrativos sin una proyección al caso concreto¹⁰². Asimismo se exige al Abogado del Estado acreditar los motivos que se subsumen en la doctrina general sustentada. Existen numerosos ejemplos de esta posición firmemente defendida por el T.S.¹⁰³. Y lo mismo cabe decir del Auto de instancia que decreta la pieza de suspensión que suele estar redactado en un impreso genérico y estereotipado, sin verdadera motivación individualizada, lo que ha sido certeramente considerado como una “práctica procesal censurable”¹⁰⁴.

⁹⁹ RAJ, 1988, nº 461. Un balance de la jurisprudencia posterior se encuentra en E. OSORIO ACOSTA, *La suspensión...*, op. cit., pp. 63-67.

¹⁰⁰ Vid. F. ALONSO PÉREZ, *Régimen jurídico del extranjero...*, op. cit., pp. 200-202.

¹⁰¹ ATS (Sala 3ª, Secc. 4ª) de 17 de mayo de 1994, RAJ, 1994, nº 4356.

¹⁰² STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 26 de febrero de 1996, RAJ, 1996, nº 1352.

¹⁰³ Por ejemplo, la falta de prueba de los motivos esgrimidos fue considerada definitiva en una pieza de suspensión separada en el un recurso contra una resolución de la Delegación del Gobierno de la Comunidad de Madrid que denegó la exención de visado de residencia sin trabajo a una nacional libanesa: ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 8 de enero de 1993, RAJ, 1993, nº 33.

¹⁰⁴ ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 11 de junio de 1992, RAJ, 1992, nº 4639.

Intimamente vinculado al apartado anterior cabe retener que la parte que solicita la pieza separada de suspensión ha de acreditar, en el momento de la interposición del recurso contencioso-administrativo, la existencia de daños de imposible reparación que justifique tal actitud. Pero debe hacerlo únicamente de manera indiciaria, por ello el T.S. rechaza tajantemente las argumentaciones genéricas del Abogado del Estado basadas en la ausencia de concreción¹⁰⁵. Naturalmente, el mero hecho de instar la suspensión en un “otrosí digo” sin acreditar otros extremos no resulta de recibo¹⁰⁶. Entre ambas posiciones debe darse una posición de equilibrio¹⁰⁷.

19. La suspensión en cuanto medida cautelar es susceptible de replantearse en virtud de modificación de circunstancias (art. 123.1º LJCA), pero es preciso que el solicitante aduzca datos surgidos con posterioridad a la primera denegación que puedan determinar al Tribunal a la apreciación de daños irreparables¹⁰⁸. Asimismo, la pertinencia de nuevas alegaciones y de documentación acreditativa que la sustente se apoyan en una doctrina reiterada por nuestro T.S. sobre el carácter revisable del auto de suspensión en el sentido de que las resoluciones que deciden sobre ésta “no producen efecto de cosa juzgada, lo que supone que en cualquier momento pueden ser rectificadas a la vista de nuevos datos o circunstancias que sean puestas en conocimiento del Tribunal”¹⁰⁹.

V. Consideraciones finales

20. La dialéctica en torno a la batalla por las medidas cautelares y la insusceptibilidad de la suspensión de la eficacia del acto administrativo posee un contenido doctrinal de extraordinaria envergadura y de hondo contenido ideológico. El clima creado a partir de la redacción del art. 7.4º L.O. 62/78 y por Auto del T.S. de 20 de diciembre de 1990 y el desarrollo doctrinal efectuado a partir del mismo por E. García de Enterría, encontró en el ámbito del Derecho sancionador de extranjería una ajustada proyección dentro del capítulo de la protección de los derechos fundamentales de la persona. La supresión del referido precepto en virtud de la LRJCA de 1998 no ha hecho si no confirmar una peligrosa jurisprudencia contraria a

¹⁰⁵ ATS (Sala 3ª, Secc. 4ª) de 18 de setiembre de 1995, *RAJ*, 1995, nº 6609; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 10 de mayo de 1996, *RAJ*, 1996, nº 4350.

¹⁰⁶ ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 15 de julio de 1991, *RAJ*, 1991, nº 5843; ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 18 de diciembre de 1992, *RAJ*, 1992, nº 9877.

¹⁰⁷ Así, el ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 11 de diciembre de 1991 (*RAJ*, 1991, nº 9207) desestimó el recurso por haberse limitado el apelante a realizar consideraciones genéricas, sin negar siquiera los hechos determinantes de la medida de expulsión. En la misma línea el ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 21 de diciembre de 1992 (*RAJ*, 1992, nº 9935) denegó la suspensión por no haber acreditado el recurrente “ni siquiera por un principio de prueba que el acto administrativo cuestionado de expulsión, le causa perjuicios de al menos difícil reparación”; exigiendo el Auto de la misma fecha y Sala (*RAJ*, 1992, nº 9938) “el acreditamiento de los hechos o circunstancias que pongan suficientemente de relieve la susceptibilidad de que se produzcan los concretos daños o perjuicios”. Este tenor argumental se mantiene en el ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 19 de setiembre de 1995 (*RAJ*, 1995, nº 6440) que rechazó la suspensión por no invocarse razones ni acreditarse daños concretos de imposible o difícil reparación.

¹⁰⁸ ATS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 17 de setiembre de 1992, *RAJ*, 1992, nº 6838.

¹⁰⁹ ATS (Sala 4ª) de 2 de marzo de 1988, *RAJ*, nº 1770.

la justicia cautelar que en el marco de la extranjería, dado el limitado alcance que en esta materia posee este procedimiento especial, no afectaba en modo alguno al principio de la eficacia de la Administración. Además, la nueva regulación de las medidas cautelares contemplada en los arts. 129 y ss. de la referida disposición no parecen augurar una continuidad de la justicia cautelar que había diseñado con evidente corrección la jurisprudencia de la Sección 6ª de la Sala 3ª de nuestro TS y que el capítulo de los extranjeros había ofrecido un importante avance frente a la regulación originaria de la LEx.

Ante la posibilidad que este estrenado ambiente en pro de la eficacia del acto administrativo contamine sectores tan importantes como el que acabamos de examinar se impone una reforma urgente basada en los principios de especialización y de seguridad jurídica. La doctrina de la suspensión de la actividad sancionadora de la Administración en materia de extranjería no puede estar a merced de una regulación general que no tiene por qué deparar una sensibilidad especial hacia la compleja casuística que nos ocupa. Si la redacción originaria del art. 34 LEx, antes de la correcta depuración efectuada por el TC, manifestaba una posición radicalmente contraria a la suspensión ahora es el momento oportuno de reformar ese mismo precepto e introducir una regulación cautelar basada en la casuística que ha depurado el TS y que acabamos de sistematizar. El valor de la seguridad de la eficacia del acto administrativo debe ceder a una especialización de la justicia cautelar propia del Derecho de extranjería. Por lo demás esta posición no es ninguna novedad. Cada vez es más frecuente, tanto en la jurisdicción civil como en la contencioso-administrativa la existencia de regímenes especiales en orden a las medidas cautelares. El régimen establecido del art. 25 de la Ley de Competencia Desleal respecto del art. 1428 LEC es un buen ejemplo a seguir pues la propia materia posee casi más carácter cautelar que declarativo, como ha evidenciado el Auto de la A.P. de Madrid, Secc. 8ª, de 1 de julio de 1996¹¹⁰. La tutela jurisdiccional de los extranjeros quedaría defraudada si tras un dilatado procedimiento la eventual sentencia no puede satisfacer en la práctica la pretensión originaria, por ello la justicia cautelar debe ser consustancial al Derecho sancionador de extranjería y precisa contar con una regulación específica.

¹¹⁰. *La Ley*, 1996, nº 7148.