

LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS DEL TERRITORIO NACIONAL Y SU SUSPENSIÓN POR LA VÍA DEL ARTÍCULO 7 DE LA LEY 62/1978. (UN ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA.) (*)

Por
SEBASTIÁN FÉLIX UTRERA CARO
Profesor de Derecho Administrativo.
Colegio Universitario de Segovia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANÁLISIS DE LOS AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO DICTADOS SOBRE LA SUSPENSIÓN DE LAS ÓRDENES DE EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS DEL TERRITORIO NACIONAL POR LA VÍA DE LA LPJDFP EN EL PERÍODO COMPRENDIDO ENTRE ENERO DE 1989 Y MAYO DE 1993. 1. *Autos que deniegan la suspensión.* A) Introducción. B) Análisis sistemático. 2. *Autos que conceden la suspensión.* A) Introducción. B) Análisis sistemático. a) Argumentos comunes. b) Argumentos de algunos de los autos que conceden la suspensión.—III. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La elección del tema estudiado en este comentario obedece a dos razones. La primera reside en el hecho de que se está produciendo una revisión doctrinal y jurisprudencial de la figura de la suspensión de la ejecución de los actos administrativos impugnados en el proceso contencioso-administrativo, revisión que, encabezada por el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, está tratando de extender la aplicación de la máxima acuñada por CHIOVENDA y CALAMANDREI, que establece que «la necesidad del proceso para obtener razón no puede convertirse en un daño para quien tiene la razón» (1).

La segunda estriba en que la ejecución de un buen número de actos administrativos relativos a la expulsión de extranjeros del territorio nacional, impugnados por la vía de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de

(*) Este comentario ha sido elaborado en el Curso de Doctorado que sobre *Derechos y Libertades Fundamentales de los Extranjeros* ha dirigido el Profesor don Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (año académico 1992-1993).

(1) El Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA ha publicado dos monografías fundamentales en esta materia: *Hacia una nueva justicia administrativa* (2.ª ed., Civitas, Madrid, 1992) y *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso-Administrativo Español* (Civitas, Madrid, 1992). Gran parte de las numerosas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales a la tutela cautelar pueden verse citadas en el trabajo del Profesor SARMIENTO ACOSTA, *La nueva funcionalidad de las medidas cautelares en el contencioso español*, publicado en el núm. 129 de esta REVISTA (págs. 385 a 409).

Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (2), no ha sido suspendida por el Tribunal Supremo, apoyándose en argumentos discutibles, cuya explicación última —y a veces única— se encuentra en la reciente proliferación de recursos (con sus correspondientes solicitudes de suspensión) interpuestos por ciudadanos extranjeros.

Existe una contradicción entre aquella tendencia revisora y estos Autos de nuestro Alto Tribunal, que se hace más patente cuando recordamos que el artículo 7.4 de la Ley 62/1978 establece: «Deducidos los dictámenes e informes a que se refiere el párrafo anterior o transcurrido el plazo concedido al efecto, la Sala acordará la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general, suspensión que podrá concederse con o sin afianzamiento de los perjuicios de cualquiera otra naturaleza que pudieran derivarse». Invierte, pues, la regla general del artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, que, en su párrafo segundo, afirma: «Procederá la suspensión cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil». Esta inversión, cuya introducción fue acogida con alborozo generalizado por la doctrina, es además, en palabras del Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, «un tributo obligado al carácter *fundamental* de los derechos afectados que tienen a su favor la presunción de protección frente a las acciones administrativas que inciden en su ámbito» (3).

Efectivamente, el derecho a elegir libremente la residencia y a circular por el territorio nacional es un derecho fundamental reconocido en el artículo 19 de nuestra Constitución. Pero reconocido a los españoles. Esto ha provocado que durante años se haya discutido sobre la titularidad de estos derechos por los extranjeros (4), polémica que puede haber finalizado con el reconocimiento, por las Sentencias del Tribunal Constitucional 94/1993, de 22 de marzo («BOE» del 27 de abril) y 116/1993, de

(2) En adelante se citará como Ley 62/1978, o simplemente LPJDFP.

(3) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo 1, 6.ª ed., Civitas, Madrid, 1989, pág. 565.

(4) Los diferentes puntos de vista pueden verse, entre otras obras, en las monografías de Eduard SAGARRA I TRIAS, *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, J. M. BOSCH, editor, Barcelona, 1991 (págs. 46 a 53, 140 a 144 y 279 y ss.), y de Vicente ESCUÍN PALOP, *Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991 (págs. 69 y ss), y en el artículo de Pedro CRUZ VILLALÓN *Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm 35, mayo-agosto de 1992, págs. 63 y ss.

La no titularidad (según SAGARRA, *op. cit.*, págs. 276 y ss.) podría influir en la posibilidad de utilizar la vía procesal de la LPJDFP para impugnar actos de expulsión del territorio nacional de unas personas que no son titulares de esos derechos. Pero los artículos 34 y 35 LOExtrj, y una incontestada jurisprudencia del Tribunal Supremo permiten afirmar a este autor que los extranjeros pueden emplear la vía de la Ley 62/78 «siempre y cuando se trate de recurrir actos de la Administración que lesionen un derecho fundamental, y sean de aquellos de los que los extranjeros tienen tanto la titularidad como su goce, en virtud de la Constitución, las Leyes o los Tratados Internacionales». La misma discusión, concretada en los recursos y garantías contra la orden de expulsión, puede verse en la pág. 280 de la misma obra de SAGARRA, quien concluye afirmando que pueden impugnarse los actos de expulsión de un extranjero por

29 de marzo («BOE» de 5 de mayo), de que «*los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su artículo 19, si bien en los términos que establezcan los Tratados y la Ley (art. 13.1 CE)*» (5).

Conviene recordar también que la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987 (6) declaró inconstitucional, y por tanto nulo, el inciso segundo del artículo 34 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (en adelante citada como Ley de Extranjería —como más común y quizá interesadamente se la cita— o simplemente LOExtrj.), que decía: «En ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley».

El contenido de este comentario es el análisis de los Autos dictados por el Tribunal Supremo sobre suspensión de las órdenes de expulsión de extranjeros del territorio nacional por la vía de la LPJDFP en el período comprendido entre enero de 1989 y mayo de 1993. Aunque es cierto ese aumento de recursos interpuestos por el cauce de la Ley 62/1978 contra las resoluciones de expulsión, el estudio detallado de estos Autos nos mostrará que en algunos de ellos debieron y pudieron emplearse fórmulas más respetuosas con la letra y el espíritu de la LPJDFP y con los ciudadanos extranjeros afectados, máxime teniendo en cuenta la gravedad de la medida de expulsión del territorio nacional.

A continuación se estudian los Autos que deniegan la suspensión, y tras ellos los que sí la conceden, para terminar con unas breves propuestas de solución para la toma de decisiones sobre el otorgamiento de la medida cautelar.

II. ANÁLISIS DE LOS AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO DICTADOS SOBRE LA SUSPENSIÓN DE LAS ÓRDENES DE EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS DEL TERRITORIO NACIONAL POR LA VÍA DE LA LPJDFP EN EL PERÍODO COMPRENDIDO ENTRE ENERO DE 1989 Y MAYO DE 1993

El número total de Autos aparecidos sobre esta materia en el período

la vía de la LPJDFP, y que puede suspenderse la ejecución de esos actos recurridos *ex* artículo 7 de dicha Ley. La reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo no vacila al afirmar que los extranjeros pueden impugnar y lograr la suspensión de su orden de expulsión del territorio nacional por la vía de la Ley 62/78, como se puede comprobar en todos los Autos estudiados en este comentario. Y los artículos 21.3 y 24, junto a la Disposición Transitoria Primera de la todavía vigente Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, establece que el cauce procesal para recurrir la mayoría de las decisiones administrativas en esas materias es el de la LPJDFP.

(5) Afirmación tomada del FJ 2 de la STC 116/1993. En parecidos términos se pronuncian los FJ 2 y 3 de la STC 94/1993.

(6) Sentencia 115/1987, de 7 de julio (suplemento al «BOE» n.º 180, de 29 de julio), que resuelve un recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo sobre la posible inconstitucionalidad de varios artículos de la LOExtrj.

citado es de dieciséis. De ellos, nueve conceden la suspensión y siete la deniegan. Comenzaremos estudiando estos últimos.

1. *Autos que deniegan la suspensión.*

A) *Introducción*

Conviene recordar que la Ley 62/1978 recoge la suspensión del acto impugnado en su artículo 7. En concreto, el párrafo 2 dirá: "En el mismo escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo o en cualquier momento posterior, podrá solicitarse la suspensión de la efectividad del acto administrativo impugnado». El siguiente párrafo añade que «De esta solicitud, y en pieza separada, se dará traslado al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado y se requerirá al órgano del que dimana el acto impugnado para que en el plazo de cinco días puedan informar acerca de la solicitud de suspensión». Y el ya citado párrafo cuarto establece que «Deducidos los dictámenes e informes a que se refiere el párrafo anterior o transcurrido el plazo concedido al efecto, *la Sala acordará la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general*, suspensión que podrá concederse con o sin afianzamiento de los perjuicios de cualesquiera otra naturaleza que pudieran derivarse». Por lo tanto, esa existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general es la *única* causa que puede evitar la suspensión de la ejecución del acto y, como dice el precepto, *debe justificarse*.

B) *Análisis sistemático*

El criterio seguido para el examen de estos Autos es el del razonamiento que utilizan para justificar (o intentar justificar) la denegación de la suspensión; es decir, cómo prueban (o intentan probar) la posibilidad o existencia de perjuicio grave para el interés general. Curiosa e indicativamente, cada uno lo hace de una forma distinta, aunque en algunos casos sea parecida, lo que obliga a un análisis individualizado de todas las resoluciones judiciales.

a) El ATS de 11 de octubre de 1990 (Ar. 7613) afirma que «*de modo implícito* (7) la resolución recurrida (se refiere al Auto de la Audiencia Nacional) ha sopesado el interés público y los posibles perjuicios de la permanencia en nuestro país de la persona expulsada que pudieran justificar la excepción a la regla del artículo 7.4» y en el Fundamento de Derecho Tercero, que es el decisivo, dirá: «el recurrente, hoy apelante (...), en el otrosí donde solicita la suspensión, no hace mención alguna del motivo inmediato que dio lugar a la intervención gubernativa; no niega ni valora la importancia del altercado que promovió en la vía pública, ni aduce en su breve escrito de apelación contrapeso alguno que pudiera neutralizar la perturbación más o menos grave que ese altercado haya

(7) La cursiva es nuestra.

producido, por todo lo cual concluimos que se dan circunstancias para apreciar la excepción aplicada».

El Auto es muy escueto y apenas justifica la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general. Alude a un altercado en la vía pública, promovido por el extranjero, altercado que produjo una perturbación «más o menos grave» (del orden público, se supone), pero no aclara expresamente cuál es el grave perjuicio, existente o posible, que la permanencia en España del extranjero hasta la resolución de su recurso contra la orden de expulsión ocasiona al interés general. Sólo implícitamente podríamos deducir que se da la posibilidad de que el extranjero repita ese u otro altercado en la vía pública, con el consiguiente perjuicio grave al interés general. Posibilidad que estaría muy atenuada si el extranjero está en prisión o detenido en un centro de internamiento, lo cual parece probable, pero no se aclara en la resolución judicial. Igualmente criticable resulta el Auto de la Audiencia Nacional que tan sólo sopesó «de modo implícito» el interés público y los posibles perjuicios de la permanencia en España de la persona expulsada. El marco procesal en el que se dicta el Auto (la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona) y la gravedad de la medida de expulsión exigirían que se justifique expresamente la posibilidad o existencia de perjuicio grave para el interés general.

b) El ATS de 24 de octubre de 1990 (Ar. 7788) no aduce la existencia, sino sólo la *posibilidad* de perjuicio grave, expresando que «el fundamento utilizado por la Administración para decretar la expulsión del señor L. es la estancia ilegal en España y la carencia de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales, previstas en los apartados a) y f) del artículo 26.1 de la Ley de Extranjería», circunstancias que «configuran una situación que se mantiene a través de la suspensión de la expulsión, y puede resultar notoriamente perjudicial para el interés general, como lo demuestra el hecho de que en el punto dos del precepto citado la propia Ley de Extranjería permite la detención e internamiento del extranjero hasta un plazo de cuarenta días».

El único argumento que esgrime el Tribunal Supremo en este caso es que el extranjero está incurso en los supuestos previstos en los apartados a) y f) del artículo 26.1 de la LOExtrj., lo que le coloca en una situación que se mantendría con la suspensión y que puede resultar notoriamente perjudicial para el interés general, como demuestra la previsión del artículo 26.2 LOExtrj. Este argumento consta de cuatro partes: la primera es la afirmación de que el extranjero está ilegalmente en España y carece de medios lícitos de vida, ejerce la mendicidad o desarrolla actividades ilegales. El Tribunal acepta esa afirmación de la Administración, contenida en el informe que el órgano autor del acto debe enviarle ex artículo 7.3 LPJDFP. Este informe, y las posibles alegaciones sobre su situación que el extranjero efectúe al solicitar la suspensión, son los factores que el Tribunal debe valorar para conceder o no la medida cautelar, por lo que sería deseable que el citado informe fuera lo más objetivo, detallado y concreto posible. Lo que en este caso debería haberse traducido en expresar si el

extranjero, además de permanecer ilegalmente en España, carecía de medios lícitos de vida y/o ejercía la mendicidad y/o desarrollaba actividades ilegales (y cuáles en concreto), pues el que concurren una u otra de estas últimas circunstancias no es indiferente a la hora de justificar el grave perjuicio para el interés general. La segunda parte del argumento es que esas circunstancias del extranjero lo colocan en una situación que se mantiene con la suspensión. Lo cual puede ser cierto, a no ser que esa persona sea encerrada en prisión o detenida en un centro de internamiento *ex* artículo 26.2 LOExtrj., lo que evitaría que ejerciera la mendicidad y desarrollara actividades ilegales durante ese tiempo, que se acerca al de duración normal del proceso de la garantía contencioso-administrativa de la Ley 62/78 (si se cumplen los plazos legales). La tercera parte consiste en aseverar que esta situación, mantenida con la medida cautelar, puede resultar «notoriamente» perjudicial para el interés general. Habrá que examinar qué concretas circunstancias concurren en el caso para decidir si pueden perjudicar o no al interés general. Una mera estancia ilegal acompañada de una carencia de medios lícitos de vida puede ser perjudicial para el interés general, pero normalmente no será «notoria» o «gravemente» perjudicial, como exige el artículo 7.4 LPJDFP. La permanencia ilegal y el ejercicio de la mendicidad raramente puede ocasionar el consabido perjuicio grave, aunque depende de la forma de ejercer la mendicidad de ese individuo concreto. Sin embargo, la estancia ilegal y el desarrollo de actividades ilegales normalmente puede producir ese perjuicio grave y justificar la no suspensión de la expulsión. La cuarta y última parte del razonamiento consiste en añadir que la posibilidad de perjuicio notorio al interés general se demuestra por el hecho de que el artículo 26.2 LPJDFP prevea la posibilidad de detención en centros de internamiento de los extranjeros a expulsar por estar incurso en los supuestos de los apartados *a)* y *f)* del artículo 26.1 LOExtrj. Frente a ello cabe argüir que esta previsión legal sólo demuestra en abstracto que algunos extranjeros incurso en esas circunstancias pueden ser detenidos; pero lo que el artículo 7.4 LPJDFP exige para exceptuar el otorgamiento de la suspensión es que se pruebe la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general *en ese concreto caso* y producido por la permanencia en España de *ese ciudadano extranjero concreto* durante el tiempo que dure la resolución de su recurso contencioso-administrativo (8).

c) En el ATS de 31 de diciembre de 1990 (Ar. 10.246) se dice que el grave perjuicio para el interés general se ocasiona *evidentemente* «*si con sólo acudir a este procedimiento especial se suspendieran sistemáticamente los actos de aplicación de las normas legales*» (9). Esta afirmación podría

(8) El deber de valorar cada caso concreto en relación con su incidencia en el interés general es lógico y coherente con la especialidad del proceso en que se desarrolla (Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona). Y ha sido expresa y rotundamente reconocido por los AATS de 10-V-1990 (Ar. 4107) y de 4-VII-1992 (Ar. 5766), que se estudiarán en la Sección de Autos que conceden la suspensión, de este comentario.

ser cierta en abstracto; pero no coincide con el contenido de la Ley 62/1978 ni con lo que sucede en la práctica. Porque la palabra clave de esa afirmación, «sistemáticamente», está usada aquí en su segunda acepción del DRAE, equivaliendo a «por sistema», locución adverbial que significa, según el mismo diccionario, «procurando obstinadamente hacer *siempre* cierta cosa, o hacerla de cierta manera *sin razón o justificación*» (10). Y esto no concuerda con lo establecido en el artículo 7.4 de la citada Ley, pues ni «siempre» se suspende (ya que si se prueba la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general no se adopta la medida cautelar), ni cuando se suspende se hace «sin razón o justificación», ya que la razón y la justificación de que se suspenda reside en el propio mandato legal contenido en el artículo 7.4 citado. Y, en la práctica, los Tribunales no «siempre» suspenden, y cuando lo hacen razonan y justifican la medida en el mandato del artículo 7.4 LPJDFP. No sirve, pues, este argumento para justificar la existencia del perjuicio que permitiría denegar la suspensión.

Además, centrándonos ya en el caso concreto, el Tribunal Supremo pretende apoyar su argumentación en que el extranjero no efectuó alegación alguna sobre los motivos por los que entiende que sus propios intereses deben prevalecer sobre el presunto grave perjuicio ya analizado y desmentido anteriormente. Hecho éste que no está recogido legalmente, pues el mencionado artículo 7.4 establece, como regla general, que la Sala *acordará* la suspensión, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general. No hay, por tanto, obligación legal de comparar los intereses y perjuicios del ciudadano con los del interés general: el ciudadano extranjero recurrente no tiene por qué probar ni valorar sus perjuicios o intereses. Y, en principio, tampoco tendría que negar la certeza de los hechos ni la aplicabilidad de las normas legales que sirvieron de fundamento a la resolución administrativa que acordó su expulsión, negación cuya ausencia sirve también de apoyo secundario a la argumentación de la Sala. (Cuestión distinta es que le convenga hacerlo; pero que no lo haga no puede servir de apoyo a la prueba de la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general.)

d) El ATS de 30 de enero de 1991 (Ar. 431) no justifica la existencia ni la posibilidad de grave perjuicio para el interés general; pero, aun así, deniega la suspensión de la ejecución de la resolución administrativa recurrida. Es un Auto excesivamente escueto, complejo y confuso, que estudiaremos con mayor profundidad para deslindar minuciosamente las diferentes instituciones y figuras jurídicas que en él se entremezclan farragosamente.

Los antecedentes de hecho que se pueden entresacar del Auto serían los siguientes: la señora Gity G. solicita el otorgamiento de la condición de refugiado político. El Ministerio del Interior dicta resolución denegando

(9) Las cursivas son nuestras.

(10) Las cursivas son nuestras.

do la concesión de la condición de refugiado, y ordena a la señora G. que «deberá legalizar su situación en España con arreglo a las disposiciones sobre extranjería en el plazo máximo de tres meses...; en el caso de que no quiera o no pueda cumplir los requisitos exigidos para ello, deberá abandonar el territorio nacional...». La señora G., que al parecer se encuentra ilegalmente en España, interpone recurso contencioso por la vía de la Ley 62/1978 contra esa resolución, y solicita la suspensión de ese acto administrativo. La Audiencia Nacional, en Auto de 18-XII-1989, «deniega la suspensión de la resolución recurrida en cuanto no concede la condición de refugiado pedida por doña Gity G.; pero decreta la suspensión de la misma respecto a lo que dispone en relación al abandono del territorio nacional».

El Letrado del Estado apela el Auto de la Audiencia en el extremo por el que se accede a la suspensión.

El Tribunal Supremo, en su Auto, dedica el primer Fundamento de Derecho y la mitad del segundo a relatar los ya citados hechos, fallando a continuación: *«forzoso será que prospere la apelación»*, pues (y comienzan aquí sus argumentos) *la resolución judicial impugnada: «o bien ha de convertirse en inútil si la súbdita extranjera llegara a legalizar su situación en el plazo indicado; o bien, en caso contrario»* (si no legaliza su situación en el plazo indicado), *«vendría a suponer la anticipación de la decisión que la Administración debería adoptar sobre la situación de la señora G. respecto a la Ley de Extranjería, imposibilitando una solución denegatoria y produciendo, en definitiva, en ese ámbito, un efecto positivo en cuanto a la situación existente en relación a la extranjería de la señora G., en el momento de interposición del recurso contencioso-administrativo, que era la de ilegalidad. Lo que desborda los fines que está llamada a cumplir la suspensión de la ejecutividad, que son los del mantenimiento de la situación existente en el momento de la iniciación del recurso durante su prosecución»* (11).

Estos argumentos pueden llegar a refutarse si se examina con atención el caso. La señora G. solicitó el otorgamiento de la condición de refugiado político, cuya regulación se encuentra en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. La resolución gubernativa que puso fin a la vía administrativa tenía un triple contenido: *a)* denegó la concesión de la condición de refugiado político; *b)* le ordenó regularizar su situación según la LOExtrj. en un plazo de tres meses, y *c)* le advirtió que si no lograba esa regularización en ese plazo, debería abandonar el territorio nacional (es decir, sería expulsada del territorio nacional). La señora G. recurrió (posiblemente *ex art. 24* de la Ley 5/1984) por la vía de la LPJDFP ante la Audiencia Nacional. Y a la vez debió de solicitar la suspensión de la eficacia de la resolución recurrida en sus tres aspectos. El AAN, según dicción literal del Fundamento de Derecho Primero del ATS: «deniega la suspensión de la resolución recurrida, del Ministerio del Interior, en cuanto concede la

(11) Las cursivas son nuestras.

condición de refugiado pedida por doña Gity G.; pero decreta la suspensión de la misma respecto a lo que dispone en relación al abandono del territorio nacional». Es lógico que no conceda la suspensión de la parte del acto que deniega el otorgamiento de la condición de refugiado, pues, según varios Autos del Alto Tribunal, es un acto de contenido negativo, contenido que no es susceptible de ser impuesto, ni por consiguiente de ser suspendido (12). También es razonable conceder la suspensión de la orden de expulsión, pues ni es un acto negativo, ni su suspensión altera la situación del extranjero (ya que, como afirma expresamente el ATS de 24-X-1990 (Ar. 7788) y reconocen tácitamente todos los Autos que conceden la medida cautelar, la estancia ilegal en España es una situación que se mantiene con la suspensión de la expulsión), ni aparece justificada en ningún lugar la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general. Lo que no aparece claro, dada la excesiva concisión del ATS, es si se suspende la orden de regularizar su situación conforme a la LOExtrj. Recordemos que el Fundamento de Derecho Primero del ATS decía que el AAN «decreta la suspensión de la resolución (gubernativa) recurrida respecto a lo que dispone *en relación al abandono del territorio nacional*». El razonamiento del Segundo Fundamento de Derecho parece indicar que en esa frase se incluye la suspensión de la obligación de regularizar su situación, lo que sería correcto al no suponer un perjuicio grave para el interés general. Por todo ello no se comprende bien por qué el Tribunal Supremo hace prosperar la apelación, denegando la medida cautelar. El único argumento que esgrime es que el AAN, o bien devendría inútil si regulariza su situación en el plazo de tres meses (lo cual, en principio, es cierto), o bien, si no regulariza su situación, supondría una anticipación de la decisión que la Administración debería adoptar sobre esa misma situación con arreglo a la LOExtrj. Esta segunda afirmación nos parece incorrecta, porque esa situación sólo puede ser (*ex art. 13 LOExtrj.*), o de estancia legal o de residencia. Y porque es evidente que si la señora G. solicitó el otorgamiento de la condición de refugiado, no va a solicitar ahora una situación de «estancia legal» que tan sólo se prolonga por 90 días (y que ya le ha sido indirectamente concedida por la misma resolución administrativa que impugna, al otorgarle un plazo de tres meses para conseguir una situación conforme a la LOExtrj.). Solicitará el permiso de residencia, indispensable para residir legalmente en España. Y es notorio que la suspensión de la ejecución de la resolución gubernativa impugnada por la vía de la Ley 62/1978 no le concede un permiso de residencia, ni tampoco el visado de estancia exigido por el artículo 12 LOExtrj. y el artículo 6 de su Reglamento de ejecución (13). Es más, aun suponiendo que la suspensión le colocara en una situación de estancia legal, el fallo del Tribunal Supremo sería erróneo, porque deniega la suspensión *de la orden de expulsión* sin justificar en modo alguno que esa

(12) De ese modo se pronuncian, durante el período 1989-marzo de 1993, los AATS de 21-V-1991 (Ar. 4155), 16-VII-1991 (Ar. 5664) y 12-VI-1992 (Ar. 4801).

(13) El Reglamento de Ejecución de la LOExtrj. se aprobó por el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo («BOE» n.º 140, de 12 de junio de 1986).

suspensión produciría un perjuicio grave al interés general, única causa que permite exceptuar la regla general favorable a la concesión de la medida cautelar contenida en el artículo 7 de la LPJDFP.

e) El ATS de 14 de marzo de 1991 (Ar. 2282) acepta el Fundamento de Derecho del Auto de la Audiencia Nacional apelado (de 27-II-1990), el cual basa la posibilidad del perjuicio al interés general en que no se trata de la expulsión de una sola persona, sino de varias que residen ilegalmente y que, al parecer, se dedican a una actividad castigada penalmente, en concreto, a regentar un club donde se hallaron a varias mujeres extranjeras dedicadas al «alterne» y la prostitución.

El hecho de que en vez de ser una fueran varias las personas a expulsar, en principio no sería motivo suficiente para probar un perjuicio grave para el interés general; aunque la concurrencia de su dedicación a actividades ilegales castigables penalmente sí podría ser suficiente.

Pero el Tribunal Supremo añade otro Fundamento de Derecho propio, cuya argumentación es más discutible. Tras recordar que la recurrente está incurso en las causas a) y f) del artículo 26.1 LOExtrj. (estancia ilegal en España y carecer de medios lícitos de vida), argumentará que «la suspensión del acuerdo por el mero hecho de interponer un recurso contencioso-administrativo por el cauce de la Ley 62/1978 supondría un grave perjuicio para el interés general, *puesto que en la práctica equivaldría a la inaplicación de la referida Ley Orgánica*» (14). De nuevo el Alto Tribunal razona de modo criticable. La suspensión de la resolución administrativa recurrida no se produce por el mero hecho de interponer el recurso contencioso-administrativo por el cauce de la LPJDFP, sino que el Tribunal analiza si la medida cautelar va a suponer un perjuicio grave al interés general, y sólo si no encuentra motivos que justifiquen la existencia o posibilidad de perjuicio grave para dicho interés, concederá la suspensión solicitada. Y en la práctica esto no equivale a la inaplicación de la LOExtrj. por dos razones: en primer lugar, porque supone, precisamente, la aplicación de esa misma Ley en sus artículos 34 y 35, y, en segundo lugar, porque suspender un acto no es una inaplicación de la Ley de la cual el acto trae causa, sino que tan sólo es un cese temporal de la eficacia de ese concreto acto. Y además ese cese tan sólo se prolonga durante el tiempo necesario para resolver el recurso, que, al ser tramitado por la vía de la Ley 62/1978, podría durar incluso menos de un mes (si se respetan los plazos legales).

f) El ATS de 8 de mayo de 1991 (Ar. 4027) realiza otra afirmación, también discutible, similar, pero no idéntica, a la del Auto anteriormente estudiado: «la notoria multiplicación de procesos interpuestos por el cauce de la Ley 62/78 contra actos gubernativos de expulsión de extranjeros, decretados en aplicación de la Ley de Extranjería, determina que si se siguiera la regla general de suspensión del acto impugnado prevista en el artículo 7 de la citada Ley 62/78, *se frustraría prácticamente la finalidad de la Ley de Extranjería, con el consiguiente perjuicio para el*

(14) La cursiva es nuestra.

interés general implícito en esta Ley». (15). Y por ello deniega la suspensión del acto.

De nuevo la argumentación puede ser refutada tras un análisis detallado. Porque si bien es cierto que se han multiplicado los recursos interpuestos por el cauce de la Ley 62/78 contra actos de expulsión de extranjeros, pensamos que no es acertado afirmar que la suspensión de esas expulsiones *ex artículo 7 LPJDFP* frustra la finalidad de la Ley Orgánica 7/1985 sobre *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*. La finalidad o finalidades de esta Ley se exponen en su Preámbulo. En el párrafo quinto del mismo se señala que «la Ley, a lo largo de todo su articulado, destaca su preocupación por reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades, cuyo ejercicio queda prácticamente equiparado al de los propios ciudadanos españoles, y para el que se establecen las mayores garantías jurídicas, que ciertamente sólo ceden ante las exigencias de la seguridad pública claramente definidas». Y en el párrafo séptimo añade que «al concretar las garantías jurídicas la Ley introduce la necesidad de la intervención judicial en la revisión de determinadas resoluciones que conllevan la salida o expulsión de los extranjeros o que implican la privación de libertad, justamente como garantía de ésta». Y el párrafo noveno aclara que «es necesario diferenciar, con absoluta claridad, las situaciones de legalidad de las de ilegalidad. Por ello, la Ley asegura la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España. Y al propio tiempo, y en prevención de las alteraciones que pudieran en sus caso producirse, respecto de la convivencia social, por la presencia de extranjeros en términos no legales en España, desarrolla las medidas específicas para impedir tales situaciones». Para hacer compatibles estas y otras finalidades, la misma Ley, en su Título VII —«Garantías y régimen jurídico»—, y concretamente en sus artículos 34 y 35, establece que «las resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros, serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes» (art. 34) y «*En todo caso, el extranjero (no especifica que deba hallarse ilegalmente en España) podrá interponer los recursos procedentes, en vía administrativa o jurisdiccional*». Uno de esos recursos es el previsto en la LPJDFP, que en su artículo 7 regula la suspensión de la resolución administrativa impugnada, y concretamente en su párrafo 4 establece que «la Sala acordará la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general». Por tanto, cuando un extranjero, al impugnar su orden de expulsión a través de la garantía contencioso-administrativa de la Ley 62/78, solicita la suspensión de dicha orden, y el Tribunal se la concede, *se están cumpliendo las finalidades de la Ley de Extranjería*. Además, como ya se demostró anteriormente, cada Auto debe decidir sobre la oportunidad de la suspensión *en ese caso concreto*, y sólo si se justifica la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general en dicho caso, causado por la

(15) La cursiva es nuestra.

suspensión de esa orden de expulsión, podría denegarse la adopción de la citada medida cautelar.

g) El Auto de 6 de junio de 1991 (Ar. 4940) utiliza otro argumento diferente (16). Para la Sala, la abundancia de casos en que la expulsión podría ser demorada mediante la suspensión acordada jurisdiccionalmente supone un peligro real de que si se acude a ella como norma general, se produzca una auténtica alteración de la regularidad del mercado de trabajo y de los derechos de los trabajadores españoles y de los extranjeros legalmente establecidos en España. Ése sería el perjuicio grave para el interés general. Pero el Alto Tribunal admite que anteriormente venía afirmando que ése no era argumento suficiente para denegar la suspensión [véanse, entre otros, los AATS de 27-X-1989 (Ar. 7260), 16-X-1990 (Ar. 7736) y 16-V-1991 (Ar. 4109)] y que sólo la proliferación de peticiones de suspensión justifica su cambio de postura. ¿Es suficiente ese aumento de peticiones para producir ese grave perjuicio? Analicémoslo detalladamente. La suspensión prorroga la estancia ilegal en España del ciudadano extranjero hasta que se resuelva su recurso contencioso entablado por la vía de la Ley 62/78 (que puede durar, desde algo menos de un mes hasta unos cincuenta días, y si hay apelación (que además es en un solo efecto), otros quince días como máximo (si se respetan los plazos legales). Poco tiempo, en principio. Además, un extranjero que tiene dictada una orden de expulsión (aunque tenga su ejecución provisionalmente suspendida) es prácticamente imposible que encuentre un trabajo legal, e improbable que encuentre uno ilegal por cuenta ajena. Y si tiene uno, normalmente será despedido, pues los empresarios temerán incurrir en las sanciones previstas en los artículos 25.3 y 28 de la LOExtrj. (que parecen imponerse últimamente con mayor rigor). De todos modos, el empleo que consiga será normalmente de duración muy breve, y de los que los españoles y extranjeros legalmente establecidos no ocuparían. Incluso, como muy probablemente carecerá de medios lícitos de vida o estará trabajando sin permiso, podrá ser recluso en un centro de internamiento hasta por 40 días (art. 26.2 LOExtrj.) o se le podrán aplicar las medidas cautelares previstas en el artículo 88 del Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería.

Luego el perjuicio para el mercado de trabajo queda bastante atenuado, casi con toda seguridad lo suficiente para no merecer el calificativo de «grave».

2. Autos que conceden la suspensión

A) Introducción

Recordemos que son nueve de los dieciséis estudiados en total (17). En claro contraste con los Autos que deniegan la suspensión, los argu-

(16) Es indicativo de la fragilidad de los mismos el que no se repitan en ninguno de los Autos estudiados.

(17) La cita completa de estos nueve Autos es la siguiente: ATS 27-X-1989 (Ar. 7260),

mentos son claros y concisos y se repiten en varios de ellos. Y todos los dictados en el año 1992 van en esta dirección.

B) Análisis sistemático

El criterio para la confección de este apartado ha sido el de estudiar primero los argumentos más importantes comunes a varios autos y después los particulares de algunos de ellos.

a) Argumentos comunes

1. La expulsión del territorio nacional *es un acto de naturaleza positiva*, que puede perfectamente quedar sin efecto cuando se acuerde suspender su cumplimiento [así se afirma en los AATS de 27-X-1989 (Ar. 7260), 16-X-1990 (Ar. 7736), 16-V-1991 (Ar. 4109), 4-VII-1992 (Ar. 5736) (muy rotundamente), e incluso en el de 11-X-1990 (Ar. 7613), aunque éste no otorgue la medida cautelar].

2. Esta suspensión *no afecta en absoluto a lo que pueda decidirse en el procedimiento principal*, de tramitación sumamente abreviada. [Así lo señalan expresamente el ATS de 27-X-1989 (Ar. 7260) y tácitamente los demás].

3. La medida cautelar *evita los perjuicios que se le ocasionarían al extranjero con el cumplimiento del acto impugnado*. [Véanse los AATS de 27-X-1989 (Ar. 7260), 16-X-1990 (Ar. 7736) y 16-V-1991 (Ar. 4109)]. Éste último desborda el mecanismo del artículo 7 de la Ley 62/78, aproximándose al del artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en la interpretación progresista reciente de dicho artículo) y llega a ponderar los perjuicios que sufriría el súbdito extranjero con su expulsión y los perjuicios que se irrogarían al interés general con la suspensión de dicha expulsión, concluyendo que son más trascendentes los que padecería el extranjero y suspendiendo por ello su obligación de salida del territorio nacional.

4. La suspensión del cumplimiento de la orden de expulsión de un extranjero, por un tiempo que se supone breve, *tiene escasísima incidencia en el mercado de trabajo, por lo que no supone perjuicio grave para el interés general*. Así se pone de manifiesto en los AATS de 27-X-1989 (Ar. 7260), 16-X-1990 (Ar. 7736) y 16-V-1991 (Ar. 4109).

5. *La existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general debe justificarse en el Auto*, bien directamente por el Tribunal, bien repitiendo parte del informe que debe evacuar el órgano que ha dictado el acto, conforme al artículo 7.3 de la LPJDFP. Así se deduce de los AATS de 10-V-1990 (Ar. 4107) y de 29-V-1992 (Ar. 3943), además de establecerlo claramente el artículo 7.4 de la citada Ley.

ATS 10-V-1990 (Ar. 4107), ATS 13-VI-1990 (Ar. 4777), ATS 30-V-1990 (Ar. 5085), ATS 16-X-1990 (Ar. 7732), ATS 16-X-1990 (Ar. 7736), ATS 16-V-1991 (Ar. 4109), ATS 29-V-1992 (Ar. 3943) y ATS 4-VII-1992 (Ar. 5766). El Repertorio Cronológico de Jurisprudencia Aranzadi repite el ATS de 27-X-1989 (Ar. 7260) con el n.º de referencia 9260.

6. *Debe valorarse cada caso concreto en relación con su incidencia en el interés general.* Así lo establece expresamente el ATS de 10-V-1990 (Ar. 4107). Y el ATS de 4-VII-1992 (Ar. 5766) es más contundente al afirmar que «*el potencial perjuicio grave para el interés general debe referirse a la situación concreta afectada por la resolución y no al interés general tutelado por la norma*» (18), lo que claramente supone un favorable cambio de postura con respecto a los Autos estudiados y criticados anteriormente (en especial los de 14-III-1991 (Ar. 2282) y 8-V-1991 (Ar. 4027). Además, tácitamente lo tienen en cuenta los demás Autos que sí conceden la suspensión del acto de expulsión, especialmente el de 16-V-1991 (Ar. 4109), que, como vimos, llega a ponderar los perjuicios que en ese caso concreto sufrirían tanto el extranjero como el interés general.

b) Argumentos de algunos de los Autos que conceden la suspensión

1. En el Auto de 13 de junio de 1990 (Ar. 4777) se dirá que «no hay grave perjuicio para el interés general, pues consta que el actor, al tiempo de la solicitud de suspensión, se encontraba internado en prisión, precisamente con ocasión del expediente de expulsión cuyo resultado se impugna en el proceso principal, por lo que el posible perjuicio a la seguridad pública dimanante de la presencia presuntamente ilegal en España del recurrente se hallaba por el momento atenuado» (19).

2. En el Auto de 30-V-1990 (Ar. 5085) se niega ese perjuicio porque es un caso singular en el que se pretende interrumpir la efectividad de actos anteriores que regularizaron la permanencia en España de la recurrente (la cual acredita que dispone desde el 9-IX-1988 de autorización gubernativa para residir en Gijón hasta el 9-IX-1990).

3. En el ATS de 16 de octubre de 1990 (Ar. 7732) se establece que el posible grave perjuicio al interés general, consistente en un grave perjuicio para los intereses sanitarios (por no suspender la expulsión de dos odontólogas extranjeras) no existe, porque las actoras habían obtenido una sentencia judicial que les reconocía el derecho a colegiarse como odontólogas en España, lo que notoriamente presupone que eran poseedoras de un título académico suficientemente convalidado por las Autoridades de Educación españolas, título que garantiza la suficiencia profesional de sus conocimientos respecto de la odontología.

4. En el Auto de 16 de octubre de 1990 (Ar. 7736) se argumentará

(18) La cursiva es nuestra.

(19) En este Auto se nos muestra incidentalmente el internamiento en prisión del extranjero, lo que podría infringir el artículo 26.2.2 LOExtrj., que establece que el internamiento se realizará en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario. No era un caso aislado, pues el Ministerio Fiscal dictó la Instrucción de 23-X-1991 (n.º 6/1991) sobre Garantías en las autorizaciones judiciales de internamiento de los extranjeros sometidos a procedimientos de expulsión. En ella se recuerda que la letra del artículo 26.2 LOExtrj. es clara y no se puede alegar en su contra, para ignorarla, la inexistencia de locales para ejecutar esas medidas. Y a continuación se exhorta a los Fiscales para que vigilen, en los expedientes de internamiento de extranjeros sujetos a procedimientos de expulsión, el cumplimiento de nueve reglas que ya habían sido recomendadas en su día por el Defensor del Pueblo.

que «no cabe decir que se hubiera de perjudicar con la suspensión los intereses públicos ínsitos en la efectividad de las medidas sancionadoras, pues la expulsión objeto de esta resolución no guarda relación con el mantenimiento del orden público español, condena por delito o actividades ilegales, expresadas en los apartados *c)*, *d)* y *f)* del artículo 26.1 de la Ley de Extranjería».

5. Por último, cabría destacar de nuevo el Auto de 16 de mayo de 1991 (Ar. 4109), en el que, como ya dije, se ponderan los perjuicios que la ejecución del acto supondría para el extranjero y los que acarrearía la suspensión de la ejecución al interés general, concluyendo que son superiores los que puede sufrir el extranjero y suspendiendo la ejecución de la *orden de expulsión*.

III. CONCLUSIÓN Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Tras el análisis de los Autos del Tribunal Supremo dictados en el período comprendido entre enero de 1989 y mayo de 1993, podemos concluir que, tras unos años en los que se entremezclaban los Autos que concedían y los que denegaban la suspensión solicitada conforme al artículo 7 LPJDFP, en el año 1992 sólo aparecen autos que conceden dicha medida cautelar. Ello parece indicar que se ha impuesto la tesis favorable a la suspensión y que los Abogados del Estado ya no impugnan los Autos que suspenden las resoluciones gubernativas de expulsión de extranjeros (lo cual podría justificar la ausencia de Autos del Alto Tribunal sobre esta materia en los últimos meses de 1992 y los primeros de 1993). Cabe esperar que esa tendencia se consolide, aunque no se puede descartar la aparición de casos en los que no se deba conceder la suspensión de la expulsión del extranjero del territorio nacional.

Como propuesta de solución, pensamos que el criterio aplicable para decidir entre conceder o no la suspensión de las resoluciones de expulsión de los extranjeros del territorio nacional, debería ser el de conceder la suspensión, como regla general, que sólo se exceptuaría si se prueba, en ese caso concreto, que la permanencia en España de ese extranjero, durante el escaso tiempo necesario para que se resuelva su recurso interpuesto por la vía de la Ley 62/1978, va a suponer la existencia o posibilidad de un grave perjuicio para el interés general (20).

La cuestión más importante a resolver en estos casos estriba en de-

(20) Como señalan con especial claridad los AATS de 10-V-1990 (Ar. 4107), 4-VII-1992 (Ar. 5766) y 16-V-1991 (Ar. 4109). Por otro lado, debe destacarse el equilibrio interno del artículo 7.4 LPJDFP, ya que contiene, junto a la regla general de la suspensión, la excepción cuando se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general. A favor de la regla general aparece la necesidad de justificar (probar) el perjuicio, y el hecho de que éste deba ser grave; a favor de la excepción juega el hecho de que sea suficiente justificar la *posibilidad* del perjuicio, la indeterminación de lo que se deba entender por «perjuicio grave para el interés general» y la posible caución exigible para conceder la suspensión.

terminar cuándo concurre la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general. Para responder a esta pregunta debemos recordar que para que el ciudadano extranjero pueda ser expulsado, debe incurrir en alguno de los supuestos del artículo 26.1 LOExtrj., completados con los del artículo 87 de su Reglamento. Pero para que sea rechazada su solicitud de suspender el acto de expulsión mientras se resuelve su recurso contra dicho acto, produciéndose su inmediata expulsión, deben concurrir especiales circunstancias. Sólo algunos de los supuestos de los artículos antes citados, o algunas combinaciones de los mismos, y, en algunos casos, la aparición de circunstancias colaterales (reincidencia, altercado grave en su detención, tenencia de armas...) justificarían una medida de tal gravedad y difícil reparación. Estudiaremos brevemente a continuación los supuestos del artículo 26.1 LOExtrj., indicando cuáles serían, en general, los que podrían ser suficientes para denegar la medida cautelar, aunque siempre habrá que examinar cada caso concreto.

El supuesto de la letra *a*) creemos que por sí solo, en principio, no sería suficiente para denegar la suspensión. Sí podría serlo cuando concorra con otros supuestos, como el *c*) y el *f*) en su tercer apartado (desarrollar actividades ilegales). En cuanto al supuesto de la letra *b*), por sí solo no justificaría la apreciación de perjuicio grave para el interés general. Y su concurrencia con otros no agravaría el perjuicio que por sí mismo causen esos otros. Por el contrario, el de la letra *c*) podría ser considerado motivo suficiente para la apreciación del perjuicio grave; pero si sólo está implicado en una actividad contraria al orden público, debería analizarse de qué tipo de actividad se trata. Igualmente convendría estudiar qué actividad contraria a los intereses españoles ha provocado su expulsión, pues algunas pueden no exigir la expulsión inmediata. La circunstancia de la letra *d*) no parece, en principio, causa suficiente para denegar la suspensión; aunque habrá que examinar qué tipo de delito cometió, hace cuánto tiempo, en qué circunstancias... Sin embargo, la coincidencia con los supuestos *a*), *c*) y *f*) puede considerarse causa suficiente para denegar la suspensión. La circunstancia de la letra *e*) tampoco sería suficiente por sí sola para justificar el perjuicio grave; pero sí agravaría otros supuestos, como los de las letras *c*), *d*) o *f*). Y, por último, el supuesto de la letra *f*) prevé tres circunstancias diferentes, de las cuales creemos que sólo la tercera merecería fundar una denegación de la solicitud de suspensión, aunque habría que examinar el modo en que ejerce la mendicidad el extranjero concreto. Por contra, cualquiera de las tres (salvo, en algunos casos, la primera) agravaría los otros supuestos al coincidir en el mismo extranjero.

También es importante destacar que la existencia o posibilidad de ese perjuicio grave para el interés general debe justificarse en el Auto. Por tanto, el Tribunal debe tener suficientes elementos de juicio para apreciar la concurrencia o no de las circunstancias que provocan ese daño al interés general. Esos datos los obtiene el Tribunal en el informe que debe emitir el órgano del que dimana el acto impugnado, tal y como establece el artículo 7.3 LPJDFP (además de en las alegaciones del recurrente que

solicita la suspensión). De ahí que este informe deba ser lo más completo y detallado posible. Aunque puede ser difícil, en él deberían probarse los hechos configuradores de los supuestos previstos en los seis apartados del artículo 26.1 LOExtrj. (o de los cuatro del art. 87.1 de su Reglamento, así como otros posibles hechos que matizarían esas circunstancias: reincidencia, altercado grave en su detención, tenencia de armas..., por un lado; posesión de permiso de residencia y, en su caso, de trabajo, posesión de bienes suficientes para su permanencia en España, vínculos familiares en España y/o con ciudadanos españoles, situación política en su país de origen..., por otro). Además podría aplicarse aquí la jurisprudencia que exige la prueba de los hechos para dictar el acto de expulsión, y que intenta atemperar la gran discrecionalidad que otorga a la Administración la amplitud de los supuestos contenidos en el artículo 26.1 LOExtrj. (21).

Otro dato a tener en cuenta por el Tribunal sería el de si el extranjero está internado en algún centro *ex* artículo 26.2 LOExtrj. y por cuánto tiempo, ya que jugaría a favor de la concesión de la suspensión el internamiento por un número de días superior al de la previsible duración de la resolución del recurso interpuesto contra la orden de expulsión.

En los casos en que concurran los supuestos de los apartados a), c) y f) del artículo 26.1 de la LOExtrj. debe repararse también en que el artículo 30.3 de esa misma Ley establece que la ejecución de la orden de expulsión por incurrir en esos supuestos se efectuará de forma inmediata, por lo que sólo mantendrá al extranjero en España el otorgamiento de la suspensión de la orden de expulsión.

Por último debe señalarse que el Auto que resuelva la solicitud de suspensión, pese a estudiar la concurrencia de los supuestos que permiten la expulsión, no debe prejuzgar el fondo del asunto que se dirime en el proceso principal (22).

(21) Véase la jurisprudencia citada por SAGARRA, *op. cit.*, págs. 205 y ss.

(22) Resulta esclarecedor sobre este asunto el ATS de 10 de mayo de 1990 (Ar. 4107) (Ponente: don Ramón Trillo Torres).

II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) EN GENERAL

SUMARIO: I. FUENTES: *Reglamento*. A) *Procedimiento*. 1. *Audiencia Corporativa y órganos consultivos*. 2. *Audiencia y Dictamen del Consejo de Estado*. 3. *Reglamento autonómico: dictamen del Consejo de Estado*. B) *Publicidad circular*.—II. ACTO ADMINISTRATIVO: A) *Naturaleza*. *Acto político*. B) *Efectividad*. 1. *Suspensión del Plan Urbanístico*. 2. *Suspensión: criterio restrictivo en aplicación de la doctrina del "fumus boni iuris"*. C) *Revisión de oficio*. 1. *Denegación presunta*. 2. *Acción de nulidad: límites*. 3. *Proceso de lesividad*.—III. COMUNIDADES AUTÓNOMAS: A) *Competencia*. B) *Fondo de Compensación Interterritorial*.—IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL: A) *Creación de entidades descentralizadas*. B) *Referéndum sobre alteración de término municipal*. C) *Suspensión de acuerdos locales*.—V. DOMINIO PÚBLICO: *Ley de Costas y autorizaciones sectoriales*.—VI. AGUAS: *Política de aguas y relaciones "inter-privatos"*.—VII. EXPROPIACIÓN FORZOSA: A) *Convenio expropiatorio*. B) *Justiprecio*. C) *Reversión*.—VIII. DERECHOS FUNDAMENTALES: *Derecho de petición*.—IX. ASISTENCIA SOCIAL: *Ayudas a los ancianos*.—X. URBANISMO: *Planeamiento*. 1. *Suspensión judicial*. 2. *Calificación del suelo. Control de la discrecionalidad*. 3. *Suelo no urbanizable*.—XI. PROCEDIMIENTO: *Ámbito de aplicación de la Ley de Procedimiento y materia tributaria*.—XII. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) *Carácter revisor*. 1. *Concesión de un puesto de loterías por el tribunal*. 2. *Poder de sustitución en la calificación urbanística*. B) *Órganos. Inhibición y pieza separada de suspensión*. C) *Costas. Temeridad en la impugnación de los horarios del Abogado del Estado*. D) *Ley de 26 de diciembre de 1978. Declaración de responsabilidad*.—XIII. RESPONSABILIDAD: A) *Relación de causalidad*. 1. *Gastos de aval*. 2. *Intervención de tercero e inactividad administrativa*. B) *Por anulación de acto. Cálculo de la indemnización. Concurrencia de dos indemnizaciones*.

I. FUENTES

Reglamento

A) *Procedimiento* 1. *El carácter preceptivo de la audiencia a entidades y corporaciones representativas no permite ser sustituida con carácter general por la intervención de órganos consultivos con participación externa.*

«Se trae de nuevo al proceso de revisión la polémica cuestión, en tanto reiteradamente debatida y originadora de, hasta fechas recientes, una fluctuante doctrina jurisprudencial, en torno al alcance y aplicación del artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo que exige, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales, el trámite que se ha dado en llamar de "audiencia corporativa", y que en rigor es un informe recabado de las Entidades a que alude el precepto cuando sean afectadas por la disposición reglamentaria. En el caso sometido a enjuiciamiento, por la vía excepcional del recurso de revisión, apo-

yado en el apartado *b*) del artículo 102.1 de la Ley de la Jurisdicción, el Abogado del Estado promovente del recurso aduce que la sentencia impugnada, dictada en 11-3-1991 (RJ 1991, 2382) por la Sala Tercera, Sección Segunda, de este Tribunal Supremo, ha establecido una doctrina jurisprudencial contraria a la sustentada por anteriores sentencias de esta Sala Especial prevista en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como las dictadas en 7 julio y 25 septiembre 1989 (RJ 1992, 3850 y 3851), que sientan la doctrina correcta según la cual la omisión de dicho trámite no determina automáticamente la invalidez de la norma reglamentaria, sino sólo en tanto en cuanto se cumplan todos los requisitos exigidos por el precepto citado, artículo 130.4 de la Ley Procedimental aún vigente.

La contradicción jurisprudencial del artículo 102.1.*b*) se sustenta sobre unas identidades que, si no con el rigor de las previstas para la cosa juzgada, sí hacen necesaria una igualdad sustancial de sujetos, objeto y fundamentación jurídica, pues un criterio laxo sobre esta materia acerca este excepcional recurso al ordinario de apelación, por lo que en primer término ha de analizarse si concurre en el caso la alegada contradicción con base en la igualdad de fundamentación jurídica.

Como informa el Ministerio Fiscal, mal cabe hablar de contradicción con las sentencias de esta Sala Especial, cuando la sentencia ahora impugnada las cita expresamente para apoyar en ellas su interpretación sobre el carácter preceptivo del trámite, adscribiéndose a la tesis ya consolidada de que el trámite de la audiencia de Entidades afectadas no es discrecional, sino preceptivo, si bien el carácter de preceptivo se enmarca en unos requisitos calificables de "conceptos jurídicos indeterminados". La sentencia impugnada sigue así una línea fiel a la doctrina jurisprudencial consolidada, manifestada, cabalmente, en las Sentencias de esta Sala Especial de 7 julio y 25 septiembre 1989, y no la contradice. Otra cosa es que la apreciación que la sentencia impugnada lleva a cabo de la concurrencia o no en el caso concreto de tales conceptos jurídicos indeterminados, y más concretamente, sobre el de que la índole de la disposición general lo aconseje, sea o no compartible, pero la discrepancia sobre dicha apreciación, que es en rigor la que lleva al recurso de revisión el Abogado del Estado, es más propia de un recurso de apelación que el excepcional de revisión que nos ocupa. En principio, la sentencia parte correctamente de que se trata de Asociaciones afectadas por la norma reglamentaria, modificación parcial de la Instrucción y Tarifas de la Licencia Fiscal de Actividades Comerciales e Industriales, producida por el Real Decreto 445/1988, de 6 mayo, en cuanto se incrementan las cuotas de los empresarios de máquinas recreativas; que las Entidades recurrentes se hallaban constituidas al amparo de la Ley 19/1977 y con Estatutos depositados en el Registro de la Dirección General de Trabajo en fechas muy anteriores a la elaboración del citado Real Decreto, lo que no hacía difícil el conocimiento por la Administración de tales Asociación empresariales y que, por ende, al no constar en expediente razones de interés público que se opusieran a dicha audiencia, el carácter preceptivo de ésta se imponía, y su omisión determinaba la consiguiente nulidad formal del Real Decreto mencionado. Sobre esta tesis de la sentencia, que, insistimos, no se halla en contradicción con la sustentada por las sentencias de esta Sala Especial que se invocan como contradichas, se trata de imponer el criterio divergente, propio de un recurso ordinario apelación, de que las circunstancias del caso no hacían aconsejable el trámite de audiencia omitido, dado que la elaboración de la Instrucción y Tarifas de la citada Licencia Fiscal se halla sujeta a un peculiar procedimiento en el que es trámite fundamental la intervención por vía de informe o propuesta de la Junta Superior Consultiva de la Licencia Fiscal, que en el caso de la modificación operada por el Real Decreto 445/1988 se produjo. Además que no es argumento fundante del recurso de revisión, según hemos dicho, lo cierto es que el informe de dicho Organismo consultivo no suple o sustituye a los demás previstos por las leyes, y así viene a disponerlo la Regla 38 de la Instrucción del Impuesto aprobada por Real Decreto de 27-3-1981, Regla que en su apartado 3, párrafo final, prescribe: "Los informes o dictámenes de la Junta no