

LA APLICACION DE LA «APARIENCIA DE BUEN DERECHO» COMO BASE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL RECURSO DIRECTO CONTRA REGLAMENTOS

SUMARIO: I. El Auto de la Sala 3.^a, Sección 3.^a, del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1991 como nuevo paso adelante en la nueva línea jurisprudencial sobre medidas cautelares.—II. El contenido del proceso: la instauración de un monopolio mercantil por una norma reglamentaria; el recurso de los transportistas funerarios y de pompas fúnebres locales.—III. Los fundamentos del Auto: suspensión por perjuicios de reparación imposible o difícil y, sobre todo, por la «apariencia de buen derecho» del argumento de la falta de cobertura legal del precepto reglamentario.—IV. La trascendencia general de esta nueva posición del Tribunal Supremo en la defensa del ordenamiento y en la eliminación de arbitrariedades normativas.

I

La rápida y resuelta adopción por la Sala 3.^a del Tribunal Supremo del criterio del *fumus boni iuris* o «apariencia de buen derecho» para adoptar en los procesos medidas cautelares inmediatas sobre la base del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamada por el artículo 24 de la Constitución, suceso ya estudiado por mí mismo en anteriores trabajos (1), se está traduciendo en una rápida extensión de la nueva jurisprudencia, ya presente en las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, y en el desarrollo de la misma incluso a contenidos rigurosamente inéditos y difícilmente imaginables en nuestro sistema establecido de justicia administrativa, como es el caso de las medidas cautelares positivas (2).

Ahora me toca reseñar un nuevo Auto de la Sala 3.^a, Sección 3.^a, del Tribunal Supremo, el de 10 de julio de 1991, en que por primera vez se aplica ese nuevo criterio al recurso directo contra Reglamentos. Un precepto reglamentario, el artículo 139.3 del Reglamento de la Ley de Ordenación

(1) Vid. mis artículos *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*, en «REDA», núm. 69, 1991, págs. 65 y ss.; *La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la «apariencia de buen derecho» para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad*, en «REDA», núm. 70, 1991, págs. 255 y ss.

(2) Vid. mi artículo *Medidas cautelares positivas y disociadas en el tiempo: el Auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*, en «REDA», núm. 71, 1991.

de los Transportes Terrestres, aprobados por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, se ha visto suspendido en sus efectos generales de forma cautelar por el Tribunal Supremo en base a la «apariencia de buen derecho» de la pretensión anulatoria formulada contra el mismo por varias empresas de transporte funerario y de pompas fúnebres, antes incluso de que la demanda en el proceso contencioso haya podido formularse y argumentarse.

Es, sin duda, un hito en la historia de nuestro contencioso-administrativo. Desde la irrecorribilidad absoluta de los Reglamentos, considerados actos políticos o de gobierno en la jurisprudencia producida sobre la Ley SANTAMARÍA, que llega hasta 1957 (sin perjuicio de su admisión de un recurso indirecto limitado al supuesto de que el Reglamento desconociese un derecho subjetivo perfecto otorgado por la Ley al recurrente), hasta la admisión de un recurso directo contra ellos, que abrió la Ley de la Jurisdicción vigente de 1956, pero que sometió a condiciones estrechas de legitimación y de admisión (3), este Auto de 10 de julio de 1991 consagra ya la absoluta normalización de este recurso directo, hasta el punto de admitirse una medida cautelar tan fuerte como la suspensión inmediata de sus efectos normativos generales por el Tribunal en base a un simple *fumus* o apariencia de ilegalidad.

II

Repasemos el contenido y circunstancias de este importante Auto.

El artículo 139.3 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, que fue aprobado, de conformidad con el Consejo de Estado, por Real Decreto de 28 de septiembre de 1990, dispuso que el transporte funerario «deberá tener su origen en el municipio en que la empresa de pompas fúnebres tenga su sede». Esta regla prohíbe, en consecuencia, el traslado de cadáveres a toda empresa que tenga su sede en municipios distintos del de origen de dicho traslado.

Supuesto el peso del sistema hospitalario de la Seguridad Social, y en concreto de determinadas ciudades (por ejemplo, Madrid, cuya Empresa Mixta de Pompas Fúnebres era la gran beneficiaria de norma tan extraña), ocurre que ese precepto viene a consagrar un monopolio comercial exclusivo en favor de las empresas de transporte funerario o de pompas fúnebres de las grandes capitales, en grave perjuicio de las empresas puramente locales, que se veían autoritariamente privadas de transportes que hasta ahora venían realizando con toda normalidad, por libre decisión de las familias de los fallecidos, libertad ahora también negada.

Se notará que los Ayuntamientos de las grandes ciudades beneficiarias de ese arbitrario monopolio, la mayoría de las cuales cuentan con la municipalización del servicio de pompas fúnebres, emplearon para soste-

(3) Permítaseme una referencia a mi viejo trabajo *La lucha contra las inmunidades del poder* (*Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*), en el número 38 de esta REVISTA, en la ed. de Cuadernos Civitas, págs. 79 y ss.

ner la efectividad de dicho monopolio medidas de autoridad. La policía municipal, aunque parezca asombroso, fue desplegada en las puertas de los hospitales para negar el acceso a los transportistas no avccindados en el lugar, *id est*, para reservar el transporte funerario a sus propias empresas municipales. Que en una situación grave de inseguridad ciudadana se utilicen los escasos medios policiales con estos fines mercantiles nos deja sorprendidos; pero ésa es la Administración, por encima de definiciones constitucionales.

El recurso de los transportistas funerarios y de empresas de pompas fúnebres locales (más de 300 empresas figuran como recurrentes o asociadas) se basaba en un argumento sumamente elemental: ese sorprendente monopolio había sido establecido por el artículo 139.3 del Reglamento sin la menor base legal; la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, de 30 de julio de 1987, de cuyo desarrollo reglamentario se trataba, no sólo no lo autorizaba, sino que más bien suponía su imposibilidad de establecerse, al incluirse dentro de los «transportes públicos discrecionales» aunque «de carácter específico», los cuales se prestan precisamente en régimen de libertad. Un monopolio comercial que, además de la libertad de empresa, niega la libertad de los familiares de los muertos de hacer transportar éstos por quien les merezca confianza, tengan su sede mercantil donde la tengan, no puede establecerse por una simple norma reglamentaria. Así lo impone el artículo 128.2 de la Constitución.

Invocando ese argumento jurídico básico, los recurrentes adujeron también, en su solicitud de suspensión del precepto en cuestión, que si dicha suspensión no se acordaba, la mayoría de las empresas recurrentes se arruinarían con seguridad, frustrando así toda posibilidad de que la Sentencia final pudiese otorgarles la tutela judicial efectiva que el artículo 24 de la Constitución les otorga.

III

El Auto de 10 de julio de 1991 resuelve el incidente otorgando la suspensión del precepto reglamentario impugnado. Ha sido su ponente el señor RUIZ-JARABO FERRÁN.

El Auto se desarrolla en tres fundamentos de Derecho.

El primero recuerda los principios generales de la presunción de legalidad de los actos administrativos «para dotar de continuidad, regularidad y eficacia a la actuación administrativa», de donde se deriva la potestad ejecutoria, la cual no es en sí misma contraria a la Constitución. Esa ejecutoriedad sólo debe cesar, según el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción, «cuando se demuestre suficientemente que la ejecución del acto administrativo hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil», conjugándose, además, añade, con la ponderación del interés público eventualmente afectado. Y añade:

«A lo anteriormente expuesto, que constituye lo que podríamos denominar “doctrina general” en esta materia de suspensión de ejecución de los actos administrativos impugnados en el proceso contencioso-administrativo, es preciso añadir ahora, y de forma destacada, la nueva y ya consolidada doctrina que, surgida de los Autos de esta Sala de 20 de diciembre de 1990 y 17 de enero del corriente año, establece un nuevo motivo de suspensión como consecuencia de la existencia de un verdadero derecho fundamental implantado en el artículo 24.1 de la Constitución a la tutela cautelar de los derechos, con lo que, en definitiva, se viene a proyectar el principio constitucional de efectividad de la tutela judicial sobre la ejecutividad del acto impugnado, ya que, como se dice en el segundo de los precitados Autos, “la larga duración del proceso reclama que ese control de la ejecutividad se adelante en el tiempo al que en la sentencia se lleva a cabo sobre el fondo del asunto”, y, por eso, se declara la posibilidad de suspender la ejecución del acto impugnado en razón de la “apariencia de buen derecho” de la pretensión articulada, siendo el fundamento de esta nueva interpretación evolutiva de la norma contenida en el artículo 122, en virtud de la cual se añade al supuesto de hecho allí previsto otras situaciones distintas que, aunque no contempladas en aquella norma, se les va a aplicar la misma consecuencia jurídica allí establecida, el principio general del derecho de que “la necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar a quien tiene la razón”, siendo esta interpretación a la que últimamente venimos aludiendo, una manifestación en el campo de las medidas cautelares de la protección de la apariencia jurídica».

Recoge, pues, plenamente la doctrina ya consolidada sobre el derecho a las medidas cautelares como incluido en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la aplicación de dichas medidas sobre el parámetro de la apariencia de buen derecho.

En el segundo Fundamento, tras ese planteamiento general, concluye inmediatamente en favor de la suspensión solicitada, en estos términos:

«Aplicando lo que anteriormente hemos expuesto —doctrina general y nueva interpretación de las medidas cautelares del artículo 122— al presente caso, resulta evidente la procedencia de acceder a la suspensión interesada por la parte recurrente de la norma reglamentaria que, en concreto, es impugnada en el recurso contencioso-administrativo del que dimana esta pieza separada incidental, y ello por dos razones fundamentales, la primera derivada de la realidad de unos daños y perjuicios que recaerán sobre los

recurrentes de llevarse a cabo la ejecución de la normativa contenida en el párrafo tercero del artículo 139 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado en el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en cuanto impone que el servicio de transporte funerario deberá tener su origen en el municipio en el que la Empresa de pompas fúnebres tenga su sede, con lo que, por consiguiente, se prohíbe el traslado de cadáveres a toda empresa que tenga su sede en municipios distintos del de origen de dicho traslado, prohibición reglamentaria que aparece acreditada con la documentación aportada a la presente pieza separada del recurso número 2030/1990 —también se solicita idéntica suspensión en los recursos números 2015 y 2026 del mismo año 1990—, que habrá de ocasionar evidentes perjuicios de muy difícil, por no decir imposible, reparación, a todas aquellas empresas radicadas en localidades distintas de las grandes ciudades, en las que lógicamente se produce el mayor número de fallecimientos, muchos de ellos dando lugar al traslado de cadáveres a las precitadas localidades, que, en virtud de la norma reglamentaria impugnada, no pueden ser realizados nada más que por las empresas que tengan su sede en las grandes ciudades, minorando de forma muy importante la actividad de las empresas de pompas fúnebres que no se ubiquen en estas últimas, con peligro de desaparición de las mismas, como se alega por las Asociaciones y empresas que figuran como recurrentes en los tres procesos anteriormente aludidos. No aparece, por el contrario, que la suspensión de la ejecución de la norma reglamentaria en cuestión deba afectar al interés público, pues tanto por las empresas con sede en las grandes ciudades o por las situadas en otras localidades, siempre se realizaría el servicio correspondiente, inexistencia de perjuicio para el interés público, que ya se declaró en anterior Auto de esta Sala de 20 de enero de 1987, que así lo entendió al suspender la ejecución de un acuerdo del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife que prohibiría a empresas funerarias radicadas en localidades distintas de la precitada capital, efectuar traslados de cadáveres con origen en esta última, ya que el interés público, insistimos, lo mismo puede quedar servido mediante una empresa funeraria con sede en el municipio donde tenga su origen el traslado, que con otra domiciliada en distinta localidad».

La existencia de ese precedente que se invoca, el Auto de 20 de enero de 1987, respecto de un intento de monopolio análogo que había intentado por su cuenta el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife (en realidad, fue el Ayuntamiento de Santa Cruz de la Palma; hay un error material en

la cita) tranquiliza a la Sala y la lleva a negar que el interés público resulte perturbado (4), por la elemental razón de que el transporte funerario seguirá realizándose, incluso más fluidamente.

Pero la importancia capital del Auto viene de su sucesivo razonamiento, el siguiente:

«En segundo lugar, y a mayor abundamiento del anterior razonamiento que ya de por sí sería suficiente para acceder a la suspensión solicitada por los ahora recurrentes, existe también en el presente caso una “apariencia de buen derecho” bastante para suspender por este motivo la disposición contenida en el párrafo tercero del artículo 139 del Reglamento aprobado en el Real Decreto 1211/1990, ya que sin prejuzgar en modo alguno la cuestión de fondo suscitada en este proceso, se alega por los recurrentes una nulidad de pleno derecho de la precitada norma, que no tiene la necesaria cobertura legal de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, y aunque en el informe de la Dirección General de Transportes Terrestres aportado a las piezas separadas de suspensión de los recursos números 2015 y 2026 de 1990, se aluda a que la nueva normativa no innova la situación, que ya, a su juicio, se encontraba contemplada en el artículo 2.º-2 del Real Decreto 2025/1984, de 17 de octubre, la controversia expuesta es suficiente, según ya hemos dicho, para apreciar en la misma una “apariencia de buen derecho” bastante para provocar la suspensión interesada, dicho todo ello, insistimos, sin prejuzgar la decisión que sobre el fondo ha de pronunciarse en su día».

Notemos dos cosas: que la invocación del Real Decreto 2025/1984, de 17 de octubre, que hizo la Dirección General de Transportes Terrestres, está absolutamente injustificada, pues esa norma se refiere a los taxis y no a los transportes funerarios, cuyos problemas son radicalmente diferentes; y además, y sobre todo, tampoco ese Decreto suple la falta absoluta de cobertura legal. Pero, en segundo lugar, lo importante es que la mera enunciación del argumento de esta falta de cobertura legal del insólito monopolio establecido por el Reglamento recurrido «es suficiente —dice la Sala— para apreciar una “apariencia de buen derecho” bastante para provocar la suspensión interesada, dicho todo ello, insistimos, sin

(4) En el artículo *La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial*, cit., en «REDA», núm. 70, págs. 264-265, sostengo la irrelevancia absoluta del argumento del interés público. Así lo han entendido los demás Autos hasta ahora producidos en la materia, que no lo citan siquiera. Ha de tenerse en cuenta que en este caso el Abogado del Estado había alegado la «grave perturbación a los intereses públicos», a que alude el artículo 122.2 de la Ley Jurisdiccional, en un escrito extenso y circunstanciado, y así lo había sostenido vivamente también el Ministerio en el informe previsto por este artículo. El Auto estudiado replica, pues, a la argumentación administrativa.

prejuzar la decisión que sobre el fondo ha de pronunciarse en su día».

Es, pues, éste el argumento determinante. El primeramente invocado, referente a los perjuicios irreparables, alude más bien a la urgencia de otorgar la suspensión solicitada, al llamado *periculum in mora*, que explica que sin la suspensión se frustraría el resultado final del proceso.

Finalmente, ha de destacarse que la suspensión «se acuerda sin exigirse caución alguna a los recurrentes, al no apreciarse perjuicio o daño para los intereses públicos».

IV

No enfatizaré demasiado la importancia de este nuevo paso del Tribunal Supremo en la nueva línea abierta resueltamente por el Auto de 20 de diciembre de 1990.

Baste decir que por vez primera aparece ante los administrados un instrumento judicial idóneo para poder luchar con alguna posibilidad razonable de justicia contra el uso y el abuso por la Administración de poderes normativos propios, capaces de alterar de forma inmediata todos los intereses y libertades de los ciudadanos bajo el prestigio del Derecho nuevo. La «motorización legislativa» que ha introducido el uso cotidiano y múltiple del temible poder reglamentario de la Administración ve alzarse, por vez primera, un escudo correlativo para defenderse de él. Si los Tribunales contencioso-administrativos de todos los niveles están dispuestos, como acaba de hacer ejemplarmente este Auto del Tribunal Supremo, a suspender cautelarmente de manera inmediata los Reglamentos que se impugnen ante ellos por la «apariencia» más o menos manifiesta de su ilegalidad o su contradicción con los principios generales del Derecho, se habrá introducido un cambio cualitativo en nuestra vida pública. Los Reglamentos arbitrarios o ilegales serán dictados mucho más raramente que, por desgracia, lo son hoy. La depuración del ordenamiento jurídico y el respeto a los valores y a las competencias constitucionales habrán dado un paso decisivo.

No deja de ser significativo que el único párrafo que el Auto reproduce de sus predecesores los Autos de 20 de diciembre de 1990 y de 17 de enero de 1991 sea el de este último, tan resuelto y seguro de criterio: «La larga duración del proceso reclama que ese control [judicial] de la ejecutividad se adelante en el tiempo al que en la sentencia se lleva a cabo sobre el fondo del asunto». Esta postulación decidida de una «justicia provisional» inmediata realizada sobre la «apariencia de buen derecho», si se aplicase a partir de ahora a los Reglamentos de forma sistemática podría cambiar por sí sola, como se comprende, nuestro panorama jurídico. Como en otras ocasiones he observado (*La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, en el núm. 30 de esta REVISTA), no existe la menor razón para dar a la voluntad administrativa expresada en Reglamentos el menor plus de consistencia respecto a la expresada en actos; antes bien

lo contrario, dada la mayor peligrosidad del Reglamento por su alcance general y tendencialmente permanente respecto de los simples actos singulares. La extensión a esta materia de la nueva doctrina jurisprudencial sobre medidas cautelares está, pues, profundamente justificada.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA