

I. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS FORMAS INDIRECTAS DE INCUMPLIMIENTO POR LA ADMINISTRACION DE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. UN CASO NOTABLE DE REPRODUCCIÓN DEL ACTO ANULADO POR SENTENCIA FIRME: EL PROCESO DE INCUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA: 1. *El planteamiento de la litis y la sentencia de 14 de diciembre de 1968.* 2. *El intento de aplicación del artículo 107 de la Ley Jurisdiccional.* 3. *Segundo intento: morosidad en el cumplimiento.* 4. *Cumplimiento formal e incumplimiento material: promulgación de un Decreto de 24 de julio de 1969, que reprodujo con superior, pero también insuficiente, rango normativo la Orden anulada.* 5. *Epilogo y conclusiones.*—III. REFLEXIONES SOBRE EL SISTEMA LEGAL DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y SOBRE LAS MEDIDAS QUE PARA ASEGURAR DICHA EJECUCIÓN PUEDEN ADOPTAR DICHS TRIBUNALES: 1. *La responsabilización personal de los agentes administrativos llamados a ejecutar las sentencias.* 2. *Los poderes del Tribunal encargado de fiscalizar y activar la ejecución en caso de reproducción del acto o disposición anulados por sentencia firme.*—IV. PROBLEMAS RELATIVOS A LA EJECUCIÓN DE LOS AUTOS DE SUSPENSIÓN: 1. *Efecto no suspensivo de la apelación de los actos de suspensión y peculiaridades de la ejecución de los mismos.* 2. *Actos de suspensión y reproducción de los acuerdos suspendidos.*

I

INTRODUCCIÓN

Entre los estudios dedicados al profesor JORDANA DE POZAS con motivo de su jubilación figura un excelente trabajo del también excelente magistrado don José FERNÁNDEZ HERNANDO sobre *El incumplimiento de la sentencia administrativa, sus formas y su tratamiento jurisprudencial*, en el que se plantean con gran sobriedad y precisión problemas verdaderamente capitales en «la lucha por el Derecho». Han pasado ya más de diez años desde el día en que dicho trabajo vio la luz y esos mismos problemas siguen teniendo plena actualidad y siguen estando presentes a diario, sin que desde entonces se haya insistido nuevamente sobre ello. El hecho de que estos problemas se resuelvan —o dejen de resolverse— con menor estruendo y publicidad por decidirse en forma de auto y no de sentencia contribuye a situarlos en un segundo plano, del que necesariamente deben salir, porque afectan a la efectividad misma de la garantía jurisdiccional frente a los actos y decisiones del poder público, es decir, a la Justicia en una de sus manifestaciones más urgentes y acuciantes.

Pienso por ello que está justificado insistir nuevamente sobre el tema y recordar cómo se plantea éste realmente, a propósito de algu-

nos supuestos recientes que no deben quedar sin comentario. Por lo demás, debe tenerse presente que todo cuanto se refiere a la ejecución de sentencias de los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ha sido puesto en cuestión por la vigente Ley Orgánica del Estado, cuyo artículo 31 ha venido a suprimir toda singularidad por lo que a esta jurisdicción se refiere al afirmar, en términos que no ofrecen duda, que «la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado en los juicios civiles, penales, *contencioso-administrativos*, laborales y demás que establezcan las Leyes *corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales*», declaración ésta perfectamente concorde con la que se contiene en el artículo 2.º-II de la propia Ley constitucional, según la cual «el sistema institucional del Estado español responde a los principios de *unidad de poder* y *coordinación de funciones*». Cualquiera que sea la interpretación que quiera darse a este último precepto, es lo cierto que liquida expresamente los presupuestos políticos que en su día determinaron la singular configuración técnica de la ejecución de sentencias en la vía contencioso-administrativa (*vid.* el reciente trabajo de CANO MATA: *Ejecución judicial de las resoluciones contencioso-administrativas* en el núm. 70 de esta REVISTA, pp. 27 y ss.).

Por lo demás, la insistencia en el estudio del tema cuenta con otra justificación adicional: la necesidad de referirse a la ejecución de las resoluciones judiciales que adoptan la forma de auto y especialmente de los autos por los que, en evitación de perjuicios de imposible o difícil reparación, se acuerda la suspensión de los actos y disposiciones objeto de recurso. Es éste, en apariencia, un tema menor y distinto, pero sólo en apariencia, puesto que, en definitiva, el problema de las formas indirectas de incumplimiento de las sentencias firmes suele reconducirse habitualmente a la reproducción, más o menos encubierta, del acto o disposición anulado, con lo cual la Administración que tiene el poder de crear unilateralmente modificaciones eficaces en el mundo jurídico puede superponer esa eficacia a la propia eficacia de la cosa juzgada, al menos con carácter temporal, lo que, en ciertos casos y determinadas situaciones, equivale de hecho a hacerlo definitivamente.

II

UN CASO NOTABLE DE REPRODUCCIÓN DEL ACTO ANULADO POR SENTENCIA FIRME: EL PROCESO DE INCUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA

Dejando a un lado los casos de inejecución o suspensión de la ejecución formalmente acordadas por el Consejo de Ministros al amparo de lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley de la Jurisdicción y aquellos otros de negativa expresa a ejecutar, que no suelen producirse, FERNÁNDEZ HERNANDO sistematiza las formas indirectas de incumplimiento en tres supuestos: inactividad morosa, tergiversación de

los términos de la ejecutoria y reproducción del acto anulado o la emisión de otro incompatible con la efectividad de la sentencia de que se trate. A estos tres supuestos L. MARTÍN-RETORTILLO ha añadido otro más, de problemática muy específica, a saber: el planteamiento de una cuestión de competencia (*vid.* la «Crónica de conflictos» del número 67 de esta REVISTA, págs. 231 y siguientes).

De todos estos supuestos, el más llamativo sin duda, y el más grave también, es el de la reproducción del acto anulado. Por esta razón se va a comenzar por él aquí, recordando un caso reciente que tiene una especial expresividad, porque en él se dan cita, como si de un supuesto académico se tratara, toda la gama de problemas que son imaginables a la vista de los preceptos legales.

1. *El planteamiento de la litis y la sentencia de 14 de diciembre de 1968*

El caso es el siguiente:

Por Orden del Ministerio de Agricultura de 12 de julio de 1967 se aprueban normas para el personal del entonces llamado Servicio Nacional del Trigo, que hasta ese momento se regía por las Ordenes de 25 de octubre de 1945 y de 19 de noviembre de 1953.

Pues bien, como es sabido, la disposición transitoria cuarta de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958, había establecido que «cuanto se dispone en el artículo 82 sobre los funcionarios públicos de los Organismos autónomos será de aplicación a quienes ingresen con posterioridad a la promulgación de las normas aludidas en dicho artículo» y que «los (funcionarios) actualmente existentes continuarán rigiéndose por las normas dictadas con anterioridad a la presente Ley, hasta que, en cumplimiento de lo indicado en el artículo 82 (promulgación del Estatuto General del Personal de los Organismos Autónomos), se regule su situación».

La disposición que acaba de transcribirse implicaba, por lo tanto, dos cosas: en primer lugar, una prolongación de la vigencia de las normas de personal anteriores a la Ley hasta que se promulgara el Estatuto del Personal de los Organismos Autónomos; en segundo lugar, un desamparamiento explícito de la Administración para ejercitar su potestad reglamentaria en esta materia hasta que se produjera tal evento.

Aplicada al caso litigioso la categórica disposición legal, resultaba con toda simplicidad que las Ordenes de 25 de octubre de 1945 y de 19 de noviembre de 1953, que regulaban la situación del personal del Servicio Nacional del Trigo, no podían ser derogadas por la Administración ni sustituidas por otras que no fueran el Estatuto General citado, cuya promulgación no ha tenido lugar hasta el 23 de julio de 1971. El Ministerio de Agricultura era, pues, rigurosamente incompetente para dictar la Orden de 12 de julio de 1967, que por tal motivo debía reputarse nula de pleno derecho.

Así lo entendió, al fallarse el recurso interpuesto contra ella por el Consejo Superior de Colegios de Peritos Agrícolas, la Sala 5.ª del Tribunal Supremo, cuya *sentencia de 14 de diciembre de 1968* (ponente, CRUZ CUENCA) dispuso:

«*Fallamos*: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto en nombre del Consejo General de Colegios Oficiales de Peritos Agrícolas de España, debemos declarar y declaramos nula y sin ningún valor ni efecto la Orden del Ministerio de Agricultura de 12 de julio de 1967 por no ser conforme a Derecho, en cuanto aprueba normas relativas al personal del Servicio Nacional del Trigo con anterioridad a la promulgación del Estatuto General de Funcionarios Autónomos, previsto en el artículo 82 y en la disposición transitoria 6.ª-3 de la Ley de 26 de diciembre de 1958, infringiendo lo preceptuado en su disposición transitoria cuarta, sin especial declaración sobre costas.»

El fallo es explícito no sólo en su contenido anulatorio, sino también en la expresión del motivo determinante de la nulidad, cuya inclusión en la parte dispositiva de la sentencia, en contra de lo habitual, hace pensar que iba específicamente dirigida a advertir a la Administración la imposibilidad de reincidir de nuevo mediante otra disposición semejante en igual causa invalidante. A pesar de ello, el problema surge.

2. *El intento de aplicación del artículo 107 de la Ley Jurisdiccional*

En efecto, antes de cumplirse el plazo de dos meses, a partir de la recepción del testimonio de la sentencia por la Administración, a que alude el artículo 105 de la Ley Jurisdiccional, la Administración, por intermedio de su representante legal, plantea ante la Sala sentenciadora lo que, a su juicio, constituyen causas de imposibilidad legal o material de ejecutar la sentencia, a fin de que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley, se acuerde por el Tribunal, con audiencia de las partes, «la forma de llevar a efecto el fallo».

Interesa detenerse en este incidente, porque no suele plantearse con frecuencia, ya que la Administración, cuando, por una u otra razón, no es propicia al cumplimiento estricto de lo ejecutoriado, suele mostrarse más expeditiva.

Pues bien, las razones alegadas fueron, en síntesis, las siguientes: la privación de los derechos y ventajas económicas para los funcionarios directamente beneficiados por el *status* revocado; el verdadero caos que se produciría de tener que aplicar al Servicio Nacional de Cereales el anterior ordenamiento de su personal con unas normas que, por lo pretérito de su fecha, 1945, son totalmente inactuales en

un Servicio que no es el Nacional del Trigo y sí de Cereales en toda su extensión; el gravísimo quebranto que se produciría incluso en su aspecto funcional, en su mecanismo administrativo; en una palabra, en su actuación como Organismo de la Administración institucionalizada, al ser revocado el ordenamiento que recogió las nuevas necesidades, ya que la vuelta a la organización precedente produciría falta de sincronización entre el Servicio Nacional de Cereales, concebido como se concibió actualmente, y el ordenamiento anterior, inactual y verdaderamente inaplicable; el haber acoplado a la nueva ordenación sus presupuestos, confeccionados con aprobación de la Intervención General de la Administración del Estado; estado de hecho y de derecho que se creó y que al volver a la ordenación primitiva incluso se repite, con quebrantamiento de derechos para funcionarios beneficiados, produciría un verdadero y grave quebranto que, de prevalecer, se estima, en principio, irreparable; que ciertas remuneraciones estaban, antes del nuevo ordenamiento, dotadas con cargo a presupuestos de Organismos desaparecidos, imposibles, pues, de satisfacer a los llamados a percibirlos, lo que, en aras de la unidad y eficacia administrativa, fue consignado en el también ordenamiento económico del Servicio Nacional de Cereales, y huelga decir que si, por imperio de la anterior Reglamentación de personal, tuviese que aplicarse también su ordenación económica preexistente, el quebranto que de ello dimanaría sería incalculable.

En base a todas estas razones se proponía que el cumplimiento de la sentencia se redujera al pedimento de los impugnantes (Peritos Agrícolas destinados en el Servicio, que, además de la anulación de la Orden impugnada, solicitaban determinadas rectificaciones y reconocimientos de su peculiar *status* dentro del Organismo), dejando en lo demás subsistente la Orden anulada, interesando su rápida sustitución por una regulación definitiva de rango suficiente.

Fácilmente se comprende que el argumento, aunque bien trabado, no podía considerarse de recibo.

En primer lugar, es de notar que la propuesta rebasaba con mucho el marco estricto del artículo 107 de la Ley, que, sea cual sea su significación, es lo cierto que no puede conducir en ningún caso a los mismos resultados que la declaración formal de inejecución parcial de la sentencia a que se refiere el artículo 105 de la misma Ley procesal, declaración que corresponde al Gobierno y no a la Sala sentenciadora y que no puede acordarse válidamente sino en los supuestos rigurosamente tasados y excepcionales que el propio artículo 105 tipifica con toda claridad y que en este caso no se daban en absoluto.

En segundo lugar, parece claro que un análisis pormenorizado de las razones alegadas descubre fácilmente su inconsistencia. En cuanto a la privación de derechos y ventajas económicas a los beneficiados por la Orden anulada, es evidente que no es cuestión material ni legalmente imposible de realizar. Por otra parte, tal privación y la

consiguiente devolución de las ventajas económicas obtenidas durante el período en que estuvo vigente la Orden anulada no venía impuesta por la sentencia, que no se refiere en absoluto a ella. La Administración tenía, pues, plena libertad para decidir lo que estimara preferible, es decir, para proceder a recuperar lo pagado en exceso o para dar por buenos los pagos realizados, y ninguna razón abonaba la necesidad de proyectar estos problemas, específica y exclusivamente suyos, sobre quienes resultaron perjudicados por la Orden que benefició a otros y, tras un largo proceso, obtuvieron su anulación.

En lo que se refiere a la inadecuación de las viejas Ordenes de 25 de octubre de 1945 y 19 de noviembre de 1953 a la nueva situación del Servicio Nacional de Cereales, la alegación no parecía tener otro alcance que el de un puro argumento dialéctico, ya que la Orden anulada fue dictada el 12 de julio de 1967, antes, por lo tanto, de que el Servicio Nacional del Trigo dejara de ser tal para convertirse en Servicio Nacional de Cereales, cosa que tuvo lugar por Decreto de 1 de febrero de 1968.

La invocación de los obstáculos de índole presupuestaria tampoco ofrecía mayor consistencia. Por una parte, los presupuestos del Servicio tienen una vigencia correlativa al año agrícola y se aprueban a comienzos de junio (Ordenes del Ministerio de Hacienda de 1 de abril de 1967 y 2 de enero de 1968 y Resolución de la Dirección General del Tesoro y Presupuestos de 27 de enero de 1968). Siendo esto así, era claro que, desde la sentencia anulatoria, es decir, desde el 14 de diciembre de 1968, había hasta el siguiente mes de junio tiempo bastante para reajustar el presupuesto a la situación creada por la sentencia. Por otra parte, tampoco era estimable el argumento de que, antes de dictarse la Orden anulada, ciertas retribuciones se vinieran pagando con cargo a los presupuestos de organismos suprimidos, ya que tal supresión no se produjo sino a partir de los Decretos de 27 de noviembre de 1967 y 1 de febrero de 1968, dentro de un proceso de reorganización de la Administración civil del Estado, ligado a las medidas que acompañaron a la última devaluación de la peseta, perfectamente independiente de la aprobación de las nuevas normas de personal del Servicio por la Orden anulada de 12 de julio de 1967. Si ese problema existía realmente, su existencia no era, desde luego, imputable a la sentencia anulatoria y, por otra parte, había nacido no con ésta, sino con el Decreto citado de 27 de noviembre de 1967, y hubiera subsistido, por lo tanto, aunque la sentencia misma no se hubiera producido nunca.

En el fondo, toda la argumentación desplegada se reconducía a un proceso muy simple: la Administración, que crea y modifica situaciones jurídicas, dando eficacia unilateralmente a sus propias decisiones, que no es justiciable sino *a posteriori*, obligando así a los particulares a soportar esa eficacia durante el año y medio largo que dura el proceso contencioso; se escuda luego en esa misma eficacia, unilateralmente creada para eludir las consecuencias de sus actos cuando

con posterioridad se produce la sentencia anulatoria, especulando otra vez con las dificultades que entraña destruir las situaciones consolidadas al amparo de esa eficacia anticipada. Dicho en otros términos, la argumentación en cuestión venía a afectar a la esencia misma del control jurisdiccional del Poder: control *a priori* no, porque el interés público no puede ser detenido ni obstaculizado por los intereses particulares; control *a posteriori* tampoco, porque la situación creada hasta ese momento no puede destruirse fácilmente. El argumento es claro que no deja margen ni momento para el respeto y la garantía de los derechos de los particulares, conclusión ésta inadmisibles.

Por lo demás, el principio que prohíbe obtener beneficio de la propia torpeza (*allegans propriam turpitudinem non auditur*) impedía también la aceptación de las razones expuestas por la Administración.

Así lo entendió también la Sala sentenciadora, que zanjó el incidente mediante auto de 12 de mayo de 1969, cuyo único considerando razona así:

«Que las dificultades o trastornos, de más o menos entidad, que pueda ocasionar el pleno restablecimiento del Derecho objetivo, indebidamente alterado por la disposición de carácter general que, por infringir una expresa prohibición legal, sea anulada jurisdiccionalmente, no autoriza a la Administración para eludir el cumplimiento del fallo, salvo en los casos previstos en el artículo 105 de la Ley Jurisdiccional, a los que no puede asimilarse —tratándose de un pronunciamiento en todo caso de ejecución específica, dejándose sin efecto la disposición anulada— el supuesto de imposibilidad material de llevar a cabo lo resuelto, contemplado en el artículo 107 de la propia Ley de Enjuiciamiento administrativo, que se limita a reproducir lo establecido en el párrafo 5 del artículo 84 de la Ley de 1894, preceptuando que, en tal caso, no podrá suspenderse ni declararse inejecutable la sentencia, si bien faculta al Tribunal sentenciador para acordar la forma de llevar a efecto el fallo, sustituyéndolo, si aquellas dificultades fuesen irreductibles —según expresa el aludido precepto—, incluso indemnización abonable al recurrente; sin que ello signifique en modo alguno que al recobrar su vigencia por imperativo del fallo anulatorio la normativa anterior, queden también sin efecto los actos firmes acordados, con base en la disposición anulada, cuya subsistencia, por no haber sido también impugnada, conjunta o separadamente, proclama el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo, después de declarar la derogación de la disposición recurrida, que no debe continuar rigiendo

en lo sucesivo, como, en definitiva, pretende la Administración, lo que no supone la imposibilidad de que ulteriormente sea también derogada mediante otra de rango suficiente, lo que, como consecuencia ineludible de la anulación, recupera su plena vigencia; y sin que sea dable pronunciarse en este procedimiento acerca del alcance y eficacia de las aducidas al efecto ni admitir la subsistencia total o parcial de la Reglamentación impugnada, dado que el aludido mandato legal no sólo obliga a la Administración, sino también a la Jurisdicción revisora.»

En consecuencia, la Sala declara «que la sentencia firme de 14 de diciembre de 1968 debe ejecutarse en sus propios términos, con remoción de las dificultades que se presenten, sin perjuicio de que las disposiciones derogadas por la que se declaró nula y sin efecto puedan serlo nuevamente mediante otras de rango suficiente, y de la subsistencia de los actos firmes basados en la disposición anulada.

3. *Segundo intento: morosidad en el cumplimiento*

Fracasado el intento de modular la ejecución de la sentencia al amparo del artículo 107 de la Ley Jurisdiccional, la Administración no sólo no cesa en su empeño, sino que insiste en él, abandonando además el campo de la legalidad en el que inicialmente se había situado, para pasar pura y simplemente al terreno de los hechos.

A partir de este momento también es cuando empieza a advertirse un cierto desfallecimiento en la actitud de la Sala sentenciadora, a quien corresponde, según la Ley, promover y activar la ejecución de la sentencia y adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el puntual y completo cumplimiento de lo ejecutoriado.

Es importante insistir en este punto, porque es aquí donde radica el fallo del sistema y no en una presunta falta de medios a disposición de los Tribunales para asegurar el cumplimiento de las sentencias, como suele ser habitual afirmar, y se desprende concretamente del trabajo del señor FERNÁNDEZ HERNANDO, antes citado.

Es difícil negar, me parece, que el incumplimiento indirecto o el defectuoso cumplimiento de las sentencias se debe esencialmente a que la tenacidad de la Administración es muy superior a la de los Tribunales, especialmente cuando del Tribunal Supremo se trata, lo cual puede tener una explicación simple pero real en el dato elemental de la inadecuación estructural y psicológica de un tan Alto Tribunal para ocuparse eficazmente de problemas de ejecución más propios de un Juzgado de Primera Instancia, que, por su situación, está más sobre el terreno y que psicológicamente está más preparado para sostener un forcejeo continuo.

En el caso concreto que aquí se analiza es fácil advertir este proceso. Los hechos se producen así:

Fallado el incidente relatado por el auto de 12 de mayo de 1969, la Administración continúa, sin más, aplicando la Orden anulada cinco meses antes (sentencia de 14 de diciembre de 1968). Toda la actividad del Servicio Nacional de Cereales sigue orientándose por las Normas aprobadas por la Orden declarada nula: redacción de los presupuestos del Servicio, pago de nóminas, situaciones y derechos de los funcionarios del mismo, convocatoria de nuevas oposiciones, etcétera, como si tal declaración de nulidad y la sentencia firme que la pronunció no se hubieran producido.

Un mes más tarde, es decir, en cuanto se cumplen los seis meses, a que se refiere el artículo 110-2 de la Ley de la Jurisdicción, la Corporación recurrente se dirige a la Sala sentenciadora solicitando, al amparo de dicho precepto, que se requiera personalmente al director general del Servicio Nacional de Cereales, bajo las intimaciones legales procedentes, para que adopte las medidas necesarias para la ejecución en sus propios términos de la sentencia en cuestión y para que ordene el cese inmediato de todo acto de ejecución de la Orden anulada, así como de todos los demás que tengan dicha Orden como presupuesto, y disponga lo necesario para adaptar el funcionamiento del Servicio, en lo que se refiere a su personal, a las Ordenes de 25 de octubre de 1945 y 19 de noviembre de 1953, únicas vigentes tras la anulación de la de 12 de julio de 1967.

Sobre el escrito correspondiente recayó providencia de la Sala con fecha 2 de julio de 1969, por lo que se dio traslado del mismo al Ministerio de Agricultura para que en el término de diez días informara sobre el estado de ejecución de la sentencia «en los términos que señala el auto de esta Sala de 12 de mayo último».

Esta medida, habitual y nada reprochable, en principio, suele ser el inicio del forcejeo a que antes se aludía y el comienzo de una nueva fase de alegaciones, que no tiene cabida en el marco específico de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ni tampoco en el general de los artículos 919 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoriamente aplicable.

En efecto, lo normal es que en el indicado plazo de diez días, que siempre terminan siendo bastantes más entre la remisión, los traslados, las providencias y las notificaciones, el órgano de Administración directamente encargado de la ejecución de la sentencia oficia a la Sala exponiendo cuanto le parece procedente, de cuyo escrito, que en los propios términos de la providencia que cumplimenta no tiene otra finalidad que informar a la Sala de lo realizado en ejecución de la sentencia, se da traslado al recurrente, quien, a su vez, lógicamente, tras hacer expresión de sus protestas y reiterar la adopción de las medidas necesarias para asegurar la ejecución, impugna las razones, datos y argumentos expuestos por la Administración. La cadena suele

prolongarse mediante nueva remisión del escrito del recurrente a la Administración, y así sucesivamente, ante la conformidad de la Sala sentenciadora, que se limita a hacer de intermediaria en el cauce de escritos y alegatos.

No es infrecuente que esta situación se prolongue durante bastante tiempo y en algún caso durante años incluso. Así, por ejemplo, la sentencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1967, que reconoció a todos los efectos, y especialmente a efectos de trienios, los servicios prestados con carácter interino por varios centenares de funcionarios del Cuerpo General Auxiliar de la Administración Civil del Estado, destinados en el Ministerio de Trabajo, condenando a la Administración a estar y pasar por ese reconocimiento «con todas sus consecuencias: económicas, administrativas y de todo orden», dio lugar a un incidente, en el que llegaron a cruzarse entre las partes más de media docena de escritos con alegaciones contrapuestas, que se prolongó hasta que por auto de 7 de marzo de 1970, casi tres años más tarde, fue resuelto en contra de la posición sostenida por los recurrentes.

No hace al caso en este momento el contenido de la discusión que le sirvió de base. Lo que sí hay que subrayar es que esta práctica habitual, que, por más o menos tiempo, permite reproducir un nuevo período de alegaciones, es rigurosamente inadmisibile.

En fase de ejecución de sentencia no hay margen legal posible para reabrir el debate cerrado definitivamente por la sentencia misma, salvo en lo que se refiere a la liquidez de las condenas y a la fijación de las indemnizaciones, principales o sustitutorias, que puedan acordarse. En fase de ejecución de sentencia no hay margen legal posible para contradecir, censurar ni revisar los fundamentos que haya expuesto el Tribunal. Cualquier incidencia debe ser directa e inmediatamente resuelta por el Tribunal sentenciador sin dar lugar a nuevos debates.

El hecho de permitir la reproducción de éstos implica una decadencia de las facultades judiciales de ejecución y es un fallo grave, una práctica viciosa, que no puede imputarse en absoluto al sistema y a la regulación legal, sino a la aplicación que del mismo se hace habitualmente.

Volviendo al supuesto concreto que se viene analizando aquí, hay que notar que no se produjo tal período de alegaciones. La actitud de la Administración fue harto más expeditiva y supo aprovechar la morosidad en el cumplimiento que le fue tolerada para sentar las bases de un incumplimiento total de la sentencia mediante la reproducción pura y simple de la disposición anulada por aquélla, como a continuación se verá.

4. *Cumplimiento formal e incumplimiento material: promulgación de un Decreto de 24 de julio de 1969, que reprodujo, con superior, pero también insuficiente, rango normativo, la Orden anulada*

El proceso de incumplimiento que se viene relatando y que, a través de los procedimientos examinados, permitió a la Administración prolongar ocho meses la Orden anulada por sentencia de 14 de diciembre de 1968, culmina con la aprobación por el Consejo de Ministros del Decreto 1661/1969, de 24 de julio.

Dicho Decreto, publicado además en el «Boletín Oficial del Estado» de 2 de agosto (otra vez las «notificaciones del mes de agosto», que ha denunciado justamente GONZÁLEZ PÉREZ en el núm. 81 de esta REVISTA, páginas 121 a 123), insiste en aprobar nuevas normas para el personal del Servicio Nacional de Cereales, modificando parcialmente las Ordenes de 25 de octubre de 1945 y 19 de noviembre de 1953, que, según lo establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958, cuya prohibición no se podía romper o eludir, sino por norma con rango de Ley, no podían ser alteradas sino por el propio Estatuto General del Personal de los Organismos Autónomos.

De esta manera, la Ley citada venía a resultar nuevamente infringida, de forma además totalmente consciente, y a quebrar definitivamente la eficacia de la cosa juzgada.

El nuevo Decreto vino a plantear el dilema: ¿nuevo recurso o nuevo incidente de ejecución?

Ninguna de las dos soluciones ofrecía ni ofrece en nuestra jurisprudencia seguridad bastante, aunque, paradójicamente, de eso se trata, de seguridad jurídica, constitucionalmente garantizada por el artículo 17 del Fuero de los Españoles y que tiene, o debe tener al menos, su máxima expresión en el respeto estricto a la cosa juzgada.

La interposición de un nuevo recurso no ofrece seguridad porque hay, en efecto, una doctrina jurisprudencial que declara la improcedencia de estos recursos sucesivos, afirmando en este caso que lo que realmente procede es promover el correspondiente incidente de ejecución. Esta doctrina, de la que son expresión las sentencias de 17 de mayo de 1943, 9 de noviembre de 1944, 20 de noviembre de 1949, que ya citara el señor FERNÁNDEZ HERNANDO, es, en buena teoría, irreprochable; ¡pero requiere para ser aceptada que se emplee igual energía cuando de resolver incidentes de ejecución se trata!; porque de otro modo, si a la inadmisibilidad del nuevo recurso se une la pasividad o tolerancia en vía de ejecución de la sentencia anterior, el resultado es la indefensión más absoluta del litigante «vencedor» y la impunidad, también más absoluta, del que incumple reiteradamente la Ley y quiebra la santidad de la cosa juzgada.

El planteamiento de un nuevo incidente de ejecución tampoco ofrece la seguridad necesaria por las razones que acaban de apuntarse, que

tienen concreta expresión, dentro del supuesto que se viene examinando, en el auto de la propia Sala 5.ª del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1969.

En efecto, la Corporación recurrente, «victoriosa» en el recurso resuelto por la sentencia de 14 de diciembre de 1968, acudió a la Sala sentenciadora para denunciar la promulgación del Decreto de 24 de julio de 1969, que así burlaba sus derechos, solicitando de nuevo, al amparo del artículo 110 de la Ley Jurisdiccional, que se acordara: a) que la ejecución y cumplimiento de lo fallado en la sentencia dictada debe realizarse bajo la personal y directa responsabilidad de los agentes de la Administración y en particular del ilustrísimo señor director general del Servicio Nacional de Cereales, que debe adoptar las medidas necesarias para asegurarla; b) que el Decreto de 24 de julio de 1969 es nulo y no puede ser aplicado sin contravenir la fuerza de cosa juzgada; c) que cesen de inmediato los actos de ejecución de la Orden anulada de 12 de julio de 1967 y del propio Decreto de 24 de julio de 1969; d) que todos los expedientes relativos al personal del Servicio se adapten a las Ordenes primitivas de 25 de octubre de 1945 y 19 de noviembre de 1952, y e) que el Agente requerido para la ejecución de la sentencia debe comunicar a la Sala el cumplimiento de todo lo anterior dentro del término que se le señalase para ello.

Pues bien, la Sala rechaza todo pronunciamiento en relación al nuevo Decreto de 24 de julio de 1969 y se limita a requerir al director general del Servicio Nacional de Cereales para que, bajo la intimación de desobediencia punible, se abstenga de cumplir lo dispuesto en la Orden anulada de 12 de julio de 1967, intimación ésta vacía de todo contenido desde el momento en que la Orden en cuestión había sido formalmente sustituida por el Decreto citado, en el que desde su promulgación quedaba centrado el problema única y exclusivamente.

El auto en que esto se acuerda de 28 de octubre de 1969 no es afortunado en su argumentación, como puede comprobarse:

El considerando primero dice así:

«Que la fiscalización jurisdiccional de las diligencias administrativas practicadas en la ejecución del fallo, confiada a una de las partes litigantes, conforme a lo declarado, entre otras, en las sentencias de 27 de enero de 1965 y 22 de febrero de 1969, *no permite a la jurisdicción revisora declarar formalmente nulas aquellas disposiciones generales que no fueron impugnadas en el proceso de cuya ejecución se trate*, debiendo limitarse a decidir las discrepancias que surjan entre la autoridad de llevar a puro y debido efecto lo juzgado y la parte interesada en su cumplimiento, pero *sin extenderse a anular por sí ni menos a ordenar a una autoridad administrativa inferior que adopte la medida de estimar nulo*

un Decreto dimanante del órgano administrativo superior, dictado con posterioridad a la Orden ministerial anulada en la sentencia, debiendo abstenerse de prejuzgar la que pueda dictarse acerca de la validez del referido Decreto y de atribuir a los fundamentos de aquéllos el valor de cosa juzgada material, que sólo corresponde a su concreto pronunciamiento anulatorio.»

5. Epilogo y conclusiones

Antes de entrar a analizar la tesis sostenida en el auto de 28 de octubre de 1989, en el que viene a resumirse esencialmente el grave problema del incumplimiento indirecto por la Administración de las sentencias firmes dictadas por los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa, interesa completar el relato de este fatigoso proceso porque el epilogo del mismo no puede ser más expresivo.

En efecto, el auto citado cierra el camino para obtener la satisfacción efectiva de las pretensiones victoriosamente ejercitadas que la Ley ofrece a través de los incidentes de ejecución de sentencia. Esto supone dos cosas, que es necesario tener muy claras:

- Que la sentencia de 14 de diciembre de 1968 queda totalmente vaciada de contenido.
- Que se remite al litigante vencedor a un nuevo recurso, a sabiendas de que el resultado va a ser el mismo y de que la segunda sentencia va a resultar tan inoperante como la primera.

Ambas cosas suponen el reconocimiento, tan explícito como resignado, del absoluto fracaso del proceso contencioso como instrumento de satisfacción de pretensiones y la aceptación pura y simple de la posibilidad de que la Administración se imponga, primero, a la Ley formal, y segundo, a las sentencias firmes del Tribunal Supremo.

Cualquier interpretación del sistema legal de ejecución de sentencias, cualquier interpretación de carácter revisor de la Jurisdicción contencioso-administrativa debe partir necesariamente de esta constatación previa y debe tener en cuenta que ningún proceso interpretativo puede conducir a resultado tan inadmisibles y absurdo y tan contrario a la Justicia.

Estas consideraciones, absolutamente elementales, no podían ser ignoradas por la Sala en el momento de decidir el incidente de ejecución, porque, vista la experiencia del primer proceso y la tenacidad de la Administración en imponer su voluntad, no podía pensarse seriamente que esta actitud cambiara en una segunda edición del pleito.

En este caso concreto, el desenlace fue más simple todavía. Se interpuso, en efecto, nuevo recurso contencioso-administrativo contra

el Decreto de 24 de julio de 1969, pero el recurso no llegó a fallarse. Por Decreto de 23 de julio de 1971 se aprobó el tan esperado Estatuto del Personal de los Organismos Autónomos. Un Decreto posterior, de 23 de diciembre de 1971, en cumplimiento del primero, señaló las disposiciones anteriores que quedaban derogadas por éste, y entre ellas, el Decreto impugnado de 24 de julio de 1969. El recurso pendiente quedó sin objeto desde ese mismo momento, y por auto de 4 de marzo de 1972 se declaró concluso el procedimiento en aplicación de lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley de la Jurisdicción, aunque en este caso hablar de satisfacción extraprocesal resulta una ironía.

Como antes se notaba, el resultado final de la historia es en sí mismo definitivamente expresivo: las Normas de personal del Servicio Nacional de Cereales, aprobadas por Orden de 12 de julio de 1967, estuvieron vigentes y fueron aplicadas sin interrupción alguna hasta el Decreto de 24 de julio de 1969, que permitió a la Administración seguir las manteniendo hasta llegar el Estatuto de Personal de Organismos Autónomos, de 23 de julio de 1971. Ni la Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958, categórica en su prohibición de alterar las normas anteriores, ni la sentencia firme de 14 de diciembre de 1968, ni los incidentes de ejecución, ni el segundo recurso interpuesto sirvieron para detener la voluntad administrativa.

Todo ello obliga replantearse más seriamente el problema de la ejecución de las sentencias de los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y sobre todo la forma en que este sistema es entendido y aplicado por dichos Tribunales, especialmente en lo que se refiere al punto clave de la reproducción del acto o disposición anulado, que tan insatisfactoriamente resuelve el auto de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1969, antes citado, remitiendo a un nuevo y seguramente inútil proceso, cuya admisibilidad además no está clara en los propios términos de la doctrina jurisprudencial al uso. En relación a este último extremo hay que resaltar, sin embargo, que la más reciente jurisprudencia parece haberse flexibilizado un tanto al admitir la posibilidad de que el recurrente elija libremente la acción a ejercitar: nuevo recurso o vía de ejecución de la sentencia primera. No es una solución, pero, al menos, elimina un riesgo cierto y cierra lo que puede ser una «trampa» definitiva.

Dice así la *sentencia de 16 de diciembre de 1971*:

«*Considerando* que robustece lo anteriormente declarado el hecho de que el procedimiento seguido por el Ayuntamiento de Las Palmas supone también un incumplimiento patente del mandato contenido en la sentencia de 29 de noviembre de 1967 de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de esa capital, que ordena reponer las actuaciones al momento en que se cometió la infracción normal y recons-

truir el expediente de concesión de licencia de edificación en forma legal, sin que habilitase emprender ningún otro extraño al real y verdadero conferido por la Ley de Régimen del Suelo (arts. 165 y 166) y Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (art. 8.º), infringiéndose, por tanto, el artículo 105 de la Ley de lo Contencioso-administrativo, de 27 de diciembre de 1956, al optar la Corporación municipal de acuerdo con los informes de los Servicios Técnicos Corporativos por iniciar un procedimiento absolutamente diverso al fijado en esas normativas legales señaladas, o sea el contenido en el artículo 46, número 3, de la Ley de Régimen del Suelo, completamente improcedente para cuestión o no de una licencia de edificación; con ello los actos recurridos incidieron en manifiesta infracción del precepto precitado de la Ley de esta Jurisdicción, que ordena que las sentencias de los Tribunales contencioso-administrativos serán llevadas por la Administración a su puro y debido efecto, sin que lo enerve lo aseverado por el defensor de la Administración pública en la contestación a la demanda, al expresar que la parte recurrente debió dirigirse a la propia Sala en trámite de ejecución de sentencia a los fines subsanatorios procedentes si esto fuera posible, porque, como también se afirma por la adversaria litigiosa, *quien elige la acción que ejercita es el propio interesado y de que no es incompatible el montaje de un incidente de ejecución y de un nuevo proceso contencioso-administrativo al producirse nuevos actos de contenido diverso y cuya solución afectaba a órganos de la Administración del Estado, sobre los que la Sala de lo Contencioso-administrativo de Las Palmas no posea competencia jurisdiccional.*»

III

REFLEXIONES SOBRE EL SISTEMA LEGAL DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y SOBRE LAS MEDIDAS QUE PARA ASEGURAR DICHA EJECUCIÓN PUEDEN ADOPTAR DICHS TRIBUNALES

El supuesto que acaba de relatarse con detalle proporciona datos bastantes como para enjuiciar con alguna seguridad la eficacia del sistema de ejecución de sentencias regulado en los artículos 103 a 112 de la Ley Jurisdiccional, de 27 de diciembre de 1956 y detectar las causas en que radican sus fallos.

En mi opinión, tales causas radican, como antes se ha notado, en la escasa tenacidad que los propios Tribunales muestran en el sostenimiento de lo decidido por ellos, más que en los defectos del propio sistema, que es, evidentemente perfectible a partir de la previsión constitucional contenida en el artículo 31 de la Ley Orgánica del Estado, previsión que obliga a reajustar la legislación ordinaria, especialmente en lo que se refiere al privilegio de inembargabilidad de los bienes y caudales públicos, única diferencia existente entre la Administración y los particulares a estos efectos, ya que la responsabilidad civil y criminal (desobediencia punible) sigue el mismo camino marcado para las sentencias de lo civil y de lo criminal (art. 109 de la Ley Jurisdiccional).

Con independencia de esto, el sistema actual es suficiente, siempre que sea enérgicamente aplicado. Sin necesidad de imaginar hipótesis, ello puede ser debidamente comprobado siguiendo los pasos del supuesto que ha venido estudiándose.

1. *La responsabilización personal de los agentes administrativos llamados a ejecutar las sentencias*

La Ley jurisdiccional Contencioso-administrativa ha hecho descansar todo el sistema de ejecución de sentencias en la responsabilización del o de los agentes administrativos llamados a ejecutarlas (arts. 105-6, 109, 110-3 y 4), y en este camino no se ha detenido ante obstáculo alguno ni ha distinguido por razón de las personas. El artículo 110-4 de la Ley es categórico al respecto: «Cuando se trate de sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales, transmitirán éstas la denuncia al Tribunal Supremo si hubiere de dirigirse contra autoridades cuyo procedimiento sólo pueda acordarse por este Tribunal.»

Pues bien, si la clave del sistema está ahí, es ahí donde debe insistirse en los dos aspectos, civil y penal, de la responsabilidad establecida por la Ley.

En lo que a esta última se refiere —delito de desobediencia, art. 369 del Código Penal—, es cierto que en el terreno de la realidad resulta desorbitado dirigir un procedimiento criminal contra el presidente del Gobierno y los ministros o incluso contra los subsecretarios y directores generales. Una tal actitud no sería fácilmente sostenible y desde luego no sería en sí misma eficaz, aunque podría serlo contra toda conducta de los agentes inferiores que trajera causa de la Orden anulada. Un solo procesamiento de un funcionario sería bastante para imponer el respeto a la cosa juzgada, aun sin necesidad de llevarlo hasta el final. Frente al deber genérico de obediencia jerárquica, el deber «más fuerte» de la obediencia al juez ha de imponerse en todo caso, porque la obediencia jerárquica no llega hasta el límite de la conducta delictiva (art. 369, párrafos 2.º y 3.º, del Código Penal

vigente; *vid.* al respecto GARCÍA TREVIJANO: *Tratado de Derecho administrativo*, tomo III, vol. II, pp. 717 y ss, y la jurisprudencia que cita en la p. 720).

La aplicación estricta y no simplemente la intimación tónica de lo dispuesto en el artículo 110-3 de la Ley Jurisdiccional («sin perjuicio de ello, deducirá el tanto de culpa que correspondiere por delito de desobediencia, para su remisión al Tribunal competente») sería más que suficiente para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia.

Pero la responsabilización personal y directa de los agentes de la Administración no se agota sólo en su posible traducción penal, sino que se proyecta también en el plano civil y patrimonial, siendo obligado extraer de ello todas sus consecuencias.

Todo el sentido de este desplazamiento de la responsabilidad desde la Administración como persona jurídica a las personas físicas de sus propios agentes que la Ley Jurisdiccional opera es justamente el de hacer posible lo que los privilegios de la Administración impiden, es decir, ejecutar sobre la propia Administración. Si el desplazamiento legal de la responsabilidad significa algo realmente, ese «algo» no puede ser otra cosa que el trasladar a los agentes de la Administración las consecuencias de la sentencia en los casos de incumplimiento o demora en el cumplimiento de ésta por la Administración. Este traslado debe ser total y alcanzar necesariamente al plano patrimonial. Se trata de una sustitución con todas sus consecuencias, impuesta por la Ley directamente, y siendo esto así, ningún inconveniente puede haber en que el Tribunal sentenciador ejecute directamente sobre el patrimonio personal (la responsabilidad es «personal y directa» según la Ley) de los agentes administrativos lo que la Ley le impide ejecutar sobre el patrimonio de la Administración.

Técnicamente esto es posible y nadie osará decir que sería insuficiente, porque, aunque con toda frecuencia el patrimonio del agente o autoridad no baste para satisfacer el importe total de la condena, es claro que el solo hecho de trabar sus bienes y eventualmente ejecutarlos sería bastante para que la Administración procediera por sí a cumplir la sentencia.

Este y no otro ha sido el mecanismo a través del cual se ha hecho funcionar tradicionalmente la responsabilidad patrimonial de la Corona en Gran Bretaña, respondiendo con una ficción legal—la responsabilización personal y directa de un agente o funcionario elegido al efecto— a la ficción constitucional de que «el Rey no puede hacer daño» (*the King can do not wrong*).

Si en el plano de la práctica diaria es cierto que la Administración cumple las sentencias porque quiere—ya que cuando no quiere hacerlo, termina imponiendo su voluntad, como lo prueba con toda explicitud el supuesto estudiado, uno entre muchos—, ello no es porque la Ley no ofrezca medios bastantes a disposición de los Tri-

bunales para asegurar la eficacia de sus sentencias. El proceso constante de la «lucha por el Derecho», al que IHERING dedicara tan brillantes, apasionadas y certeras páginas, exige de nuestros Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-administrativa este paso adelante, porque nada es demasiado cuando se trata de evitar el fracaso de la administración de justicia y la desmoralización colectiva que inevitablemente produce contemplar la inutilidad real de un proceso resuelto favorablemente por sentencia firme.

La Ley no tasa las medidas que el Tribunal puede adoptar para promover y activar la ejecución de sus sentencias y admite la adopción de «cuantas sean adecuadas» y de «las que considere procedentes para el cumplimiento de lo mandado» (art. 110, núms. 1 y 2, *in fine*). No falta, pues, sino que los Tribunales apuren estas posibilidades legales y empleen en ello tanta energía y tenacidad, como demuestra para lo contrario la propia Administración.

2. *Los poderes del Tribunal encargado de fiscalizar y activar la ejecución en caso de reproducción del acto o disposición anulados por sentencia firme*

Ha llegado el momento de analizar la tesis que se mantiene por el auto antes transcrito de 28 de octubre de 1969, en el que, en definitiva, viene a negarse toda posibilidad de actuación, en vía de ejecución de la sentencia de 14 de diciembre de 1968, sobre el nuevo Decreto de 24 de julio de 1969.

La tesis se resume en lo siguiente: En primer lugar se afirma que el carácter revisor de la Jurisdicción «no permite declarar formalmente nulas aquellas disposiciones generales que no fueron impugnadas en el proceso de cuya ejecución se trate».

En segundo lugar, se dice que el Tribunal no puede «extenderse a anular por sí ni menos a ordenar a una autoridad administrativa inferior que adopte la medida de estimar nulo un Decreto dimanante del órgano administrativo superior, dictado con posterioridad a la Orden ministerial anulada en la sentencia».

Ninguna de estas dos afirmaciones pueden entenderse correctas, sin embargo, como es fácil demostrar.

En lo que a la primera de ellas se refiere hay que notar que el aseguramiento de la eficacia de la cosa juzgada no exigía en este caso ni exige en general declarar formalmente la nulidad del nuevo acto o disposición que reproducen el anulado. Basta con paralizar su eficacia, conminando a los agentes de la Administración para que se abstengan de aplicarlo. Esta paralización podría tomar incluso la forma de suspensión, sin apenas forzar los propios términos de los artículos 122 y siguientes de la Ley. En cualquier caso, debe convenirse en que, sin necesidad de llegar a declarar la nulidad del nuevo Decreto de 24 de julio de 1969, era perfectamente viable dejarlo sin

efecto como una medida más, que la Ley no tasa, de asegurar el cumplimiento de la sentencia firme dictada.

En el dilema de infringir la santidad de la cosa juzgada tolerando la aplicación del nuevo Decreto o impedir la aplicación de éste en respeto de aquélla, la opción no admite la más mínima duda ni en el plano de los principios ni en el de la técnica jurídica.

En lo que respecta a la segunda afirmación, tampoco puede estimarse correcta. El Tribunal no puede ordenar, en efecto, al órgano inferior (director general del Servicio Nacional de Cereales) que declare nulo el Decreto de 24 de julio de 1969, aprobado por el Consejo de Ministros; pero tampoco se trataba de ordenar tal cosa, sino de conminar al referido director general para que se abstuviera de aplicar el Decreto citado, lo cual no sólo era posible, sino obligado, y no sólo para el Tribunal, sino también para la propia autoridad administrativa implicada. Dicha autoridad, al igual que todos los funcionarios en general, no sólo podía, sino que debía abstenerse de aplicar un Reglamento ilegal, como lo era el Decreto en cuestión. Como ha dicho GARCÍA DE ENTERRÍA (*Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1970, pp. 14 y ss.), «cualquier destinatario puede rehusar la aplicación del Reglamento ilegal, y no sólo propiamente puede, sino que debe hacerlo, ya que en otro caso desobedecería al mandato de la Ley superior, que el Reglamento desatiende o abiertamente infringe. La inaplicación del Reglamento no es más, por consiguiente, que una consecuencia de la necesaria aplicación de la Ley por él violada desde el momento que en esta violación deja indemne a dicha Ley y no puede afectar lo más mínimo a sus posibilidades de cumplimiento y al deber de observancia que de la misma dimana». Este deber alcanza también, según ha demostrado el autor citado, a los propios funcionarios, cuya vinculación a los Reglamentos no es consecuencia de su subordinación jerárquica, «por la razón técnica de que los Reglamentos no afectan a los funcionarios como mandatos jerárquicos, beneficiados del deber de obediencia, sino como Derecho objetivo, dentro del sistema general del ordenamiento y sin beneficiarse de ninguna ventaja respecto de la obediencia debida a las Leyes; antes bien, lo contrario. No existen dos ordenamientos jurídicos diferentes, uno para los jueces y los particulares, dominado por el principio de jerarquía normativa, y otro para los funcionarios, que integrarían sólo los Reglamentos, sin que en su bloque pudiera penetrar la prioridad normativa de la Ley».

La cuestión es muy clara y no requiere mayores insistencias, tanto más cuanto que en este caso concreto no existía sólo una vinculación a la Ley (la disposición transitoria cuarta de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958), sino también una vinculación específica a la cosa juzgada, a la sentencia firme de 14 de diciembre de 1968.

El carácter revisor de la jurisdicción es perfectamente ajeno a

este problema, y ello porque esas exigencias revisoras juegan sólo en el momento de vincular la instancia. Trabado el proceso, la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa se extiende no sólo al conocimiento del asunto, sino también «para todas sus incidencias y para fiscalizar la ejecución de las sentencias que dictaren» (art. 8.º-1 de la Ley Jurisdiccional) hasta su total y efectivo cumplimiento, cuya declaración, por otra parte, sólo ellos pueden realizar.

Queda así completo el cuadro de medidas a disposición de los Tribunales de la Jurisdicción para asegurar el cumplimiento de sus sentencias y despejados los equívocos más habituales que contribuyen a disminuir la plena virtualidad del mismo.

IV

PROBLEMAS RELATIVOS A LA EJECUCIÓN DE LOS AUTOS DE SUSPENSIÓN

La suspensión de la ejecución de los actos y disposiciones objeto de un recurso contencioso-administrativo es una técnica verdaderamente capital, aun con todas sus limitaciones, ya que sólo ella puede garantizar en ciertos casos la integridad de la Administración de Justicia, que, de otro modo, llegaría a ser imposible por desaparición pura y simple del soporte de las pretensiones. De ahí que todo lo que se refiera a esta técnica tenga un enorme interés y que sea necesario insistir mucho más de lo que se ha venido haciendo hasta ahora en muchos puntos oscuros que ofrece la regulación legal y la doctrina jurisprudencial creada en la aplicación de la misma, demasiado alicorta en términos generales, en cuanto excesivamente gravada por la conciencia de excepcionalidad que a la suspensión corresponde por razones institucionales.

Sin perder de vista esta excepcionalidad parece evidente la necesidad de sensibilizarse al máximo, teniendo siempre muy presente no sólo el aspecto negativo de la suspensión—paralización de la actividad administrativa y, por tanto, del interés general a que responde—, sino también el aspecto positivo de la misma, esto es, el aseguramiento de la integridad de la tarea de administrar justicia, que es también de interés público evidentemente y que tiene una decisiva trascendencia sobre la moral colectiva.

Digo esto porque la suspensión no tiene por qué seguir acantonada en los estrechos límites de los acuerdos administrativos que implican la destrucción de obras o la modificación material de la realidad física, a la que se reconducen la mayoría de sus aplicaciones. Hay otros muchos casos en que, aun pudiendo ser grandes los perjuicios materiales derivados de la eventual ejecución de la decisión administrativa, no es esto lo más importante ni mucho menos, porque

de esa ejecución o de su suspensión depende la utilidad misma del proceso o su propia viabilidad. El recurso contencioso-administrativo, con su montaje revisor y las adherencias que lo acompañan —plazos de caducidad, proceso a los actos, exclusión de agravios futuros, etc.— es algo muy delicado que la ejecución del acto impugnado puede hacer rigurosamente inviable. Aunque no se ha de pretender en estas páginas un estudio de todos los problemas relativos a la suspensión en vía de recurso, no está de más a los efectos de incrementar el proceso de sensibilización a que antes se aludía, traer aquí un ejemplo reciente y verdaderamente expresivo de cuanto se viene diciendo.

Me refiero, concretamente, al sistema de restricciones al transporte por carretera que vino a establecer una serie de Ordenes del Ministerio de Obras Públicas de 26 de abril de 1971, publicadas en el *Boletín Oficial del Estado* de 17 de mayo siguiente, por las que se cerró la admisión de instancias en solicitud de nuevas concesiones o autorizaciones para establecer servicios regulares, discrecionales e, incluso, propios o privados de transporte por carretera. No me interesa en este momento detenerme en considerar la incidencia que tales disposiciones puedan tener en el sector del transporte (positiva para el ferrocarril y negativa para la carretera) y en el de la industria automovilística y auxiliar, que pudo ser importante, evidentemente. Lo que sí parece claro es que la individualización y cuantificación *a posteriori* de los posibles perjuicios de dichas Ordenes, en la hipótesis de que se produjera una sentencia anulatoria en un eventual recurso, sería punto menos que imposible. Tampoco es esto, sin embargo, lo más importante. En efecto, supóngase que esas Ordenes de 26 de abril de 1971 son recurridas. Nada más interponerse el recurso, dentro, incluso, del plazo de dos meses que la ley concede para hacerlo, las Ordenes en cuestión fueron sustituidas por otra de 24 de junio de 1971, que sustituyó el inicial sistema de inadmisión de solicitudes por otro de contingentación de nuevas autorizaciones y concesiones, aplicable durante el resto del citado año de 1971. Nuevo recurso o ampliación del anterior, por tanto, con el correspondiente retraso en la tramitación. Naturalmente, ni en seis meses ni en un año se llega a terminar por sentencia un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo. Ello supone que antes de terminar el recurso y, posiblemente, antes incluso de haber comenzado la fase de alegaciones, dado el intermedio obligado de las vacaciones judiciales, se aprueba una nueva Orden fijando el contingente para el año 1972 (Orden de 31 de diciembre de 1971). Esto obligará a una nueva ampliación si es procesalmente posible todavía o a la interposición de un nuevo recurso y a su acumulación al primero. En cualquier caso, esto implica un nuevo retraso, que impedirá, también, llegar a sentencia antes de que se apruebe el nuevo contingente para 1973 y así sucesivamente.

La propia viabilidad del proceso está en cuestión en este caso y sólo la suspensión de las Ordenes recurridas puede garantizar la posibilidad de discutir en juicio la legalidad misma del sistema. El ejemplo es elocuente (la pobreza de las medidas cautelares en la vía contencioso-administrativa ha sido ya bien notada por NIETO, PARADA, etc.).

No se va tratar de esto, sin embargo, en las páginas que siguen, sino de la efectividad de los autos de suspensión, cuestión ésta de gran importancia, porque, así como la reproducción del acto anulado puede hacer inútil la sentencia que lo anula si en vía de ejecución de ésta no se despliega toda la energía necesaria y no se adoptan todas las medidas que la ley autoriza, otro tanto puede ocurrir con la suspensión formalmente acordada con la consecuencia de que la fuerza de los hechos consumados liquidará anticipadamente el litigio sin dar opción siquiera al debate.

Esto no es una simple hipótesis, sino una realidad que, por desgracia, suele producirse con alguna frecuencia, con la particularidad de que la urgencia que impone el dato de la eficacia inmediata de los actos administrativos puede hacer imposible en determinadas circunstancias la protección jurisdiccional, si no se apuran al máximo las posibilidades legales.

1. *Efecto no suspensivo de la apelación de los autos de suspensión y peculiaridades de la ejecución de los mismos*

Uno de los problemas a estudiar aquí, en relación a cuanto se viene diciendo, es el de los efectos de la interposición de un recurso de apelación contra los autos de suspensión. Dicho recurso de apelación, ¿es admisible en ambos efectos o lo es únicamente en el sólo efecto devolutivo? La pregunta es importante, porque si se responde que la apelación lo es en ambos efectos resultará que su interposición suspende la suspensión, haciendo recobrar al acto suspendido su eficacia inicial, lo cual supone que la Administración con sólo apelar el auto que suspende el acuerdo recurrido puede imponer al destinatario de éste los perjuicios irreparables o de difícil reparación que en ciertos casos le son propios, con lo cual los hechos consumados sustituirían sin más a la sentencia.

La regulación legal no es todo lo clara que debiera ser dada la importancia del tema. En efecto, el artículo 93-1 de la Ley de la Jurisdicción establece que:

«Los autos de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales en asuntos de que conozcan en primera instancia serán apelables, pero la interposición del recurso *no suspenderá* la tramitación del procedimiento.»

El precepto es equívoco, sin embargo, porque se refiere al procedimiento, lo que hace que pueda interpretarse en el sentido de que el proceso principal se sigue tramitando sin perjuicio de que, al propio tiempo, se tramite el recurso de apelación.

Por otra parte, el artículo 93-3 dispone que «la apelación (de los autos) se sustanciará en la forma dispuesta en la sección siguiente», que se ocupa de la apelación de sentencias, respecto de la cual el artículo 96-1 afirma que «será en ambos efectos».

No está claro, por tanto, en la ley si la apelación de los autos lo es en ambos efectos, como la de las sentencias (la remisión del 93-3 lo es al procedimiento —«se sustanciará»—), ni lo está tampoco si el régimen es igual para toda clase de autos y, por tanto, también a los de suspensión, que son bastante singulares en su esencia, ya que no se refieren a incidencias procesales o de tramitación, sino a los efectos mismos del acto impugnado, problema éste sustantivo, más que procesal.

Los comentaristas de la ley han interpretado este juego de preceptos en sentido favorable al carácter no suspensivo de la apelación de los autos. En esta línea, PERA VERDAGUER, en sus *Comentarios a la Ley Jurisdiccional* (Barcelona, Ed. Bosch, 1967), ha afirmado categóricamente que «el artículo 93, que comentamos, contiene, respecto de la interposición de recurso de apelación contra autos de las Salas de las Audiencias Territoriales, la indicación de que la interposición de recurso no suspenderá la tramitación del procedimiento. *El no suspender la tramitación del procedimiento ha de entenderse en el sentido de que la interposición del recurso de apelación no priva de inmediata eficacia ejecutiva a lo dispuesto en el auto apelado. Produce efectos, pero no suspensivos.*».

Esta es la opinión que sostienen también TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA en sus *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo* (Ed. Santillana, Madrid, 1965, tomo II, pp. 374, 577 y 855), afirmando que «lo será tan sólo en el efecto devolutivo, no en el suspensivo, según el artículo 93-1 de la Ley Jurisdiccional» (p. 374), ya que «la apelación ordinaria tiene como características especiales los efectos devolutivo y suspensivo; *pero así como dicho efecto (el suspensivo) es consustancial en la apelación de sentencias, tan sólo se da en las de autos el devolutivo, dado que el artículo 93-1 expresamente determina que la interposición del recurso no suspenderá la tramitación del procedimiento.*».

Esta tesis parece venir abonada, también, por las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoriamente aplicables en la vía contencioso-administrativa. El artículo 383, párrafo 2.º, de la ley citada establece en materia de apelaciones el principio general de que «se admitirán en un solo efecto en todos los casos en que no se halle prevenido que se admitan libremente o en ambos efectos».

Parece, pues, que puede sostenerse con carácter general que la apelación de los autos de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales sólo es admisible en el efecto devolutivo, ya que no hay excepción expresa a la regla general establecida por el artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable en la jurisdicción contencioso-administrativa, supuesto que la remisión que el artículo 93 de su Ley reguladora hace a la sección siguiente —apelación de sentencias— se refiere única y exclusivamente a la tramitación formal del recurso de apelación («se sustanciará»). Tampoco puede encontrarse la excepción en el artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que ni se trata de sentencias, ni de autos o providencias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, ni tampoco de autos y providencias que causen perjuicio irreparable, perjuicio que, por el contrario, se produciría en caso de suspenderse los autos de suspensión.

El régimen de la apelación de estos autos de suspensión no hay que buscarlo, sin embargo, en estas normas generales sobre apelación de autos (art. 93 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), cuya equivocidad inicial parece reducible por vía interpretativa en el sentido del carácter no suspensivo del recurso, según se ha visto, sino, como me ha hecho notar GARCÍA DE ENTERRÍA, en el artículo 125 de la propia ley, según el cual

«Acordada por el Tribunal la suspensión, se lo participará a la Administración que hubiese dictado el acto o la disposición, *siendo aplicable a la efectividad de la suspensión lo dispuesto en el capítulo III de este título.*»

El precepto transcrito resuelve definitivamente el problema en lo que a la apelación de los autos de suspensión se refiere, *ya que la efectividad de la suspensión, «una vez acordada», es decir, sin necesidad de esperar a que el auto que la acuerda quede firme, se remite a lo dispuesto para la ejecución de las sentencias firmes* (capítulo III del mismo título IV, arts. 103 y ss.).

La eficacia de los autos de suspensión es, pues, la misma que la de las sentencias firmes y, en consecuencia, no puede ser suspendida por la interposición de un recurso de apelación. Ello, por lo demás, es conforme con la propia naturaleza del auto de suspensión, medida cautelar que quedaría sin efecto, defraudando así los designios del legislador, si su eficacia, es decir, su capacidad y finalidad institucional de evitar la producción de perjuicios irreparables o de difícil reparación, pudiera resultar enervada sin más que interponer un recurso de apelación, medida cuya utilización no viene condicionada en modo alguno, dado el carácter ordinario de dicho recurso.

Esta tesis, única admisible, ha venido a ser sancionada, tras no pocas vacilaciones, por nuestro más Alto Tribunal. En este sentido,

merece citarse el auto de la Sala 4.^a del mismo de 30 de junio de 1971. Dice así uno de sus considerandos:

«Que abundando en el mismo criterio y concretando ahora el tema a la terminología procesal de admitir las apelaciones estudiadas en uno o en ambos efectos, es fácil comprender que la provisionalidad de estas resoluciones incidentales, destinadas a resolver transitoria y no definitivamente de hecho, definen por sí solas la procedencia de su ejecutoriedad y, en consecuencia, toda resolución judicial que contenga criterio paralizador del acto administrativo cuya suspensión se interese se hará efectiva desde el momento en que se dicte, pues de otro modo sería burlar el propio fundamento y finalidad del postulado paralizador de la norma o legalidad que lo regula en aras a la urgencia que lo motiva, frustrando con la dilación impugnativa las metas perseguidas.»

2. Autos de suspensión y reproducción del acuerdo suspendido

Identificado el régimen de ejecución de los autos de suspensión, una vez acordados, esto es, sin esperar a que se conviertan en firmes, con el de las sentencias firmes por el artículo 125 de la Ley Jurisdiccional, según ya se ha visto, es claro que puede aplicarse a la ejecución de los autos de suspensión cuanto se ha afirmado más atrás en relación a la posibilidad de plantear en vía de ejecución de sentencia el problema de los actos que reproducen el anulado por ella, en este caso, el suspendido por aquél. Las razones son, evidentemente, las mismas y no parece necesario insistir sobre ellas, ya que la insistencia de la Administración al reproducir el acto inicialmente suspendido no es sino un propósito deliberado de quebrar a ultranza la eficacia del auto de suspensión e imponer por la fuerza de los hechos consumados la solución que propugna, antes, incluso, de que se produzca el debate regular en el curso del proceso y la decisión final del mismo por el órgano jurisdiccional competente.

Dejando al margen, pues, estas cuestiones generales, interesa referir aquí un problema específico, en íntima relación con la urgencia inherente a los supuestos de suspensión y con la actitud de la Administración de imponerse por la fuerza mediante la reproducción del acto inicialmente suspendido.

El supuesto no es infrecuente y puede tener características realmente dramáticas. Para no perderse en generalidades merece citarse un caso concreto: un acuerdo municipal crea un servicio, también municipal, de transporte de viajeros por carretera, que coincide con una concesión estatal y sale fuera del casco urbano, límite de la competencia municipal según los artículos 1.º de la Ley y Reglamento

vigentes de Ordenación de Transportes. La Audiencia Territorial correspondiente, al conocer del recurso interpuesto por la coincidencia, dicta auto suspendiendo el acuerdo y el servicio municipal, y posteriormente, sentencia anulatoria de dicho acuerdo. El Ayuntamiento apela la sentencia, suspendiendo su eficacia, y para evitar la efectividad del auto de suspensión (también apelado), que, como ya se ha visto es igual a la de las sentencias firmes por imperativo de lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley Jurisdiccional, dicta un nuevo acuerdo creando de nuevo el mismo servicio municipal (del mismo sitio al mismo término), con ligeras variaciones de itinerario.

La solución parece clara: sin perjuicio, y con independencia de recurrir el nuevo acuerdo, puesto que la sentencia anulatoria del primero no es firme por estar apelada, el concesionario podrá instar la suspensión de este nuevo acuerdo en vía de ejecución del auto que suspendió el primero y el Tribunal que lo dictó atenderá su pretensión acordando el cese del servicio municipal de transporte vuelto a crear por el Ayuntamiento.

El problema surge, sin embargo, si el nuevo acuerdo municipal se produce en vísperas o dentro del período de vacaciones judiciales y adquiere especial dramatismo si se trata de un municipio turístico y de un transporte hacia las playas, cuyo interés económico se reduce, prácticamente, a esos dos meses centrales del verano coincidentes con las vacaciones judiciales.

El problema de las vacaciones judiciales, en relación al carácter no suspensivo del recurso contencioso-administrativo, es un problema general y como tal debería ser regulado, pero adquiere especial intensidad cuando llueve sobre mojado, ya que dos nuevos meses de coincidencia—y de competencia—después de los ya soportados, pueden ser bastantes para arruinar una pequeña concesión y ponerla en trance de caducidad por incumplimiento.

La solución no está en la Ley de la Jurisdicción y, que yo sepa, tampoco se aplican en lo que al contencioso-administrativo se refiere las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre el funcionamiento de las Salas de Vacaciones (arts. 901 y ss. de la Ley citada).

He aquí, pues, una laguna legal que debe llenarse cuanto antes, bien por vía de reforma legislativa, bien por vía aplicativa, bien por simple instrucción de organización del servicio público de administración de justicia.

La suspensión de los plazos durante el período de vacaciones estivales, que establece el artículo 121-2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es plausible como medida general y debería extenderse a todas las demás jurisdicciones, dados los tiempos que corren y los modos de vida hoy al uso, pero así como el indicado precepto excluye los plazos de interposición del recurso contencioso-administrativo y el de revisión, debería establecerse una previsión correlativa en orden a la suspensión de la eficacia de los actos admi-

nistrativos durante ese mismo período o, por lo menos, en orden al funcionamiento regular de una Sala de Vacaciones a estos efectos de instar la suspensión.

Lo que no tiene sentido es que se sigan dictando actos administrativos, que sigan corriendo durante el verano los plazos de impugnación de los mismos y que, al mismo tiempo, se cierren los Tribunales e, incluso, las propias oficinas administrativas (caso de la Comisión del Area Metropolitana de Madrid y, de hecho, de todas las oficinas públicas), dejando inermes a los particulares afectados por los mismos. Las «notificaciones del mes de agosto», que ha denunciado en términos vivos GONZÁLEZ PÉREZ con toda razón, tienen estas consecuencias inadmisibles que, a veces, incluso, se buscan de propósito, en mengua de la Justicia.

Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ
Catedrático de Derecho Administrativo

