

## EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS NO FIRMES Y TUTELA EFECTIVA DE DERECHOS E INTERESES LEGÍTIMOS

ENRIQUE LINDE PANIAGUA \*

### I

El contencioso-administrativo español está en crisis, precisado de una reforma que no parece llegar. Esta crisis tardía ha puesto en cuestión el apreciado edificio construido sobre los cimientos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956. La situación actual pudiera inducir a pensar que el seísmo tuviera un epicentro muy alejado de nuestro ordenamiento, pero es el caso, siguiendo este ejemplo sísmico, que el epicentro, la Constitución de 1978, estaba en el centro mismo del sistema, por lo que la ausente reforma habría que atribuirle por partes iguales a la bondad de la citada Ley y a nuestros legisladores, incapaces de afrontar una reforma que ya nadie duda es necesaria.

En espera de la reforma integral de la Ley de la Jurisdicción, vuelta a reformar parcialmente por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal («B.O.E.» de 5 de mayo de 1992), hay que celebrar la irrupción y consagración tardías de la técnica de la ejecución provisional de sentencias no firmes, que, aunque no ha sido el resultado de extraer todas las consecuencias a las medidas cautelares previstas en el artículo 96 de la LJCA, antes de su reforma<sup>1</sup>, por cierto estudiadas brillantemente por nuestra

---

\* Profesor Titular de Derecho Administrativo de la UNED.

<sup>1</sup> 96. 1. La apelación contra las sentencias será en ambos efectos.

2. No obstante, en cualquier momento posterior el interesado podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia.

doctrina, es consecuencia de la aplicación subsidiaria de los artículos 384 y 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>2</sup> a la Ley de la Jurisdicción.

La reforma parcial del contencioso-administrativo operada por el Decreto-Ley 1/1977, que supuso que las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional fueran apelables a un solo efecto, esto es, el devolutivo, es el antecedente de la situación que, resultado de la reforma de la LEC por la Ley de 6 de agosto de 1984, permitió la ejecución provisional de sentencias aun cuando fueran apelables en ambos efectos. Así las cosas, en principio, no cabe duda de que la operatividad de la Disposición Adicional sexta de la Ley de la Jurisdicción debiera hacer aplicable los citados artículos 384 y 385 de la LEC a las sentencias contencioso—administrativas y, por consiguiente, la posibilidad de su ejecución provisional cuando no hubieran ganado firmeza por estar recurridas, siempre que en el caso concurrieran los requisitos previstos en los citados artículos. Sin embargo, el estudio de la Jurisprudencia conduce a la conclusión de que la aceptación de la ejecución provisional en el marco contencioso-administrativo ha ofrecido serias resistencias. El obstáculo más importante que se puso contra la aplicación en este punto de la LEC fue el artículo 96 (ahora modificado por la Ley 10/1992) de la Ley de la Jurisdicción. La objeción no deja de ser sorprendente porque, como se ha dicho, el que dicho precepto previera en su apartado 1.º que «la apelación contra las sentencias será en ambos efectos», no introducía diferenciación alguna, en este aspecto, con las sentencias civiles, y, por otra parte, que el

---

<sup>2</sup> Los artículos 384 y 385 quedaron redactados del modo siguiente, de acuerdo con la Ley 34/1984, de 6 de agosto:

«384. Se admitirán en ambos efectos las apelaciones que se interpongan:

1.º Contra las Sentencias definitivas en toda clase de juicios, cuando la Ley no ordene lo contrario.

2.º Contra los autos que pongan término al juicio, haciendo imposible su continuación.

385. Las resoluciones a que se refiere el artículo anterior que hubiesen sido objeto de recurso de apelación podrán, no obstante, ser ejecutadas provisionalmente cuando condenen al pago de una cantidad líquida o cuya liquidación pueda efectuarse por simples operaciones numéricas a tenor de lo dispuesto en el fallo.

Las sentencias de objeto o naturaleza diferente serán susceptibles de la misma medida únicamente si el Juez estima que el perjuicio que pudiera irrogarse con su ejecución no sería irreparable.

En ningún caso serán ejecutables las sentencias recaídas en juicios que versen sobre paternidad, maternidad, filiación, divorcio, capacidad, estado civil o derechos honoríficos.

Para que proceda la ejecución provisional habrá de instarla la parte apelada dentro del plazo de seis días contado a partir de la notificación de la resolución admitiendo el recurso de apelación, dentro de cuyo plazo habrá de ofrecer la constitución de fianza, con exclusión de la personal o aval bancario suficientes para responder de lo que perciba y de los daños, perjuicios y costas que ocasionare a la otra parte. El Juez habrá de resolver sobre la ejecución provisional y la suficiencia de la garantía en los seis días siguientes, y la fianza o el aval habrán de constituirse dentro del tercer día a partir de la notificación de la resolución, incluso cuando el Juez exija que se complemente la garantía ofrecida.

Los recursos de apelación a que se refieren los artículos anteriores deberán interponerse en el plazo de cinco días, salvo que en esta Ley se fijase otro plazo distinto.»

citado artículo, en su apartado 2.º, previera la solicitud por el interesado de medidas cautelares para asegurar la ejecución de la sentencia, en vez de un obstáculo, debiera haberse considerado como un argumento en favor de la ejecución provisional.

Hay que decir que no se está postulando sin más que se ejecuten provisionalmente las sentencias no firmes y recurridas en el orden contencioso-administrativo (un ejemplo de denegación de la ejecución provisional, a mi juicio correcta, lo tenemos en el auto de 20 de marzo de 1990, que analizaremos después), pues la ejecución provisional debe someterse a los trámites y requisitos de los artículos 384 y 385 de la LEC. Lo que se sostendrá en las páginas que siguen es el rechazo a que, a través de la interpretación incorrecta y extrema del concepto de «perjuicios irreparables», se cierre, de hecho, la posibilidad de ejecutar provisionalmente las sentencias no firmes recurridas en casación (antes de la reforma apeladas en un doble efecto) en el orden contencioso-administrativo.

## II

El primero de los autos del Tribunal Supremo que se plantea este asunto es el de 13 de diciembre de 1989 (Cont.-Adm., Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ponente: J. I. Jiménez Hernández, Repertorio Aranzadi 9404/89), que admitirá la compatibilidad del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción con los artículos 384 y 385 de la LEC, esto es, la ejecución provisional de sentencias no firmes que se dicten en los procesos contencioso-administrativos, pero revocará el auto de la Audiencia Territorial de Bilbao que había ordenado la ejecución provisional de una sentencia de la misma Audiencia (que declaraba el derecho de apertura de una oficina de farmacia, asunto este que se reitera en la mayoría de la jurisprudencia que vamos a analizar), en base a considerar que la ejecución provisional sólo procede, con carácter extraordinario, cuando se llegue a la seguridad de la inexistencia de perjuicios irreparables, estimando el Tribunal Supremo que esta circunstancia no se daba en el caso a que se refiere el auto recurrido. Esta línea argumental se reitera y completa en los autos del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1990 (Cont.-Adm., Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ponente: J. García Estartús, Repertorio Aranzadi 159/1990) y de 23 de octubre de 1990 (Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ponente: A. Bruguera Manté, Repertorio Aranzadi 8259/1990). El primero de los autos citados, que incluye una fundamentación que básicamente permanecerá hasta la fecha, dirá así:

«Tercero.—La ejecución provisional de las sentencias dictadas en las reclamaciones contencioso-administrativas recurribles en apelación no se contemplan en la Ley reguladora de esta Jurisdicción, como tampoco se regula-

ba en la Ley de Enjuiciamiento Civil con anterioridad a su reforma por la Ley de 6-8-84, salvo en el supuesto de las recurribles en casación, artículo 1.786, artículos 1.722 y 1.723, en su actual redacción, lo que implica la aplicabilidad según lo dispuesto en Disposición Adicional Sexta de la Ley Jurisdiccional del meritado artículo 385, párrafo segundo, cuando por el Tribunal de Instancia se estime que el daño que pudiera irrogarse con la ejecución no sería irreparable y ser suficiente la fianza de la garantía ofrecida por la parte apelada toda vez que si por el artículo 96 de la Ley Jurisdiccional la apelación contra las sentencias será en ambos efectos, ello no impide que provisionalmente se ejecute la sentencia, compatibilidad expresamente determinada en los juicios civiles en los que las sentencias son también apelables en ambos efectos (art. 384.1), y no obstante se regula su ejecución provisional con las excepciones indicadas en el párrafo tercero del meritado artículo 185; no existiendo por la naturaleza del recurso contencioso-administrativo imposibilidad de una ejecución provisional de las sentencias apeladas, aunque en el artículo 104 de la Ley Jurisdiccional se contemple solamente para el caso de ser firme la sentencia que dicte el Tribunal Supremo o las Audiencias Territoriales, hay Tribunales Superiores de Justicia, ya que el acto anulado en sentencia que carezca de firmeza comporta un juicio de la jurisdicción al que en cada supuesto concreto puede demandar a la admisión de su ejecución provisional contrastando los intereses concurrentes en el ámbito del interés público y el de los particulares que se contemplan también para otorgar o denegar la suspensión de la ejecución de los actos de la Administración: constituyendo cauce adecuado para la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de los administrados a que se refiere el artículo 24.1 de la Constitución la potestad conferida por el artículo 385 reformado de la Ley de Enjuiciamiento Civil: sin que la naturaleza ejecutiva de los actos de la Administración impidan esa ejecución provisional que fue ya admitida por el Real Decreto-Ley de 4-1-77, por la que se dispuso que los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, fueran admitidas en un solo efecto.»

El auto de 23 de octubre de 1990, por su parte, justificaría del modo siguiente la no aplicación al caso concreto del principio de ejecución provisional de las sentencias no firmes, apeladas en doble efecto, en el orden contencioso-administrativo (argumentación que será una constante hasta el auto de 28 de enero de 1991), dice así:

«Tercero.—Pero una cosa es que sea aplicable al orden contencioso-administrativo la ejecución provisional de las sentencias del artículo 385, párrafo 2.º, de la Ley Procesal Común, y otra distinta que concurran en este caso los requisitos a los que la Ley Procesal Común subordina la ejecución provisional, que, y para lo que aquí importa, son que el Tribunal estime que el perjuicio que pudiera irrogarse con la ejecución provisional no devendría

irreparable; y a este respecto, y como ya señalaron también nuestras resoluciones anteriores, ha de proclamarse que la reparabilidad de los perjuicios no depende sólo de que pueda atribuírseles un contenido económico, sino que la misma debe predicarse de los perjuicios que puedan sufrir los profesionales instalados al resultar no ya difícil sino imposible en la realidad práctica concreta la cuantía de los que pudieran sufrir, que no son evaluables en cuanto a la disminución de sus ventas por depender de circunstancias tan contingentes y aleatorias como la mayor o la menor morbilidad en la zona durante el período de la ejecución provisional; razones por las que en los casos ya juzgados, y ahora también en el presente, esta Sala rechaza la ejecución provisional del 2.º párrafo del artículo 385 de la Ley Procesal Común, lo cual conduce también aquí a haber de revocar el auto apelado y por ende a anular la ejecución provisional que el mismo decretó; habiéndose de proceder por consiguiente al cierre de la nueva farmacia y esperar las resultas de la apelación en esta Sala pendiente en el rollo n.º 287/89.» Esta doctrina se reiterará en los autos del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1990 (Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ponente: J. M. Reyes Monterreal, Repertorio Aranzadi 9099/1990?) y 19 de febrero de 1991 (Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ponente: J. M. Reyes Monterreal, Repertorio Aranzadi 1528/1991).

En definitiva, en los autos referidos se estaba produciendo el rechazo de la ejecución provisional de sentencias en el orden contencioso-administrativo por la vía indirecta del rigor en la interpretación del concepto de perjuicio irreparable, como demostrará la propia evolución de la Jurisprudencia.

Será el auto de 20 de marzo de 1990 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ponente: M. de Oro-Pulido y López, Repertorio Aranzadi 2245/1990), en la línea de los precedentes reseñados, el que admitirá sin titubeos y con nuevos argumentos la aplicación del artículo 385 de la LEC al contencioso-administrativo, aunque la estime improcedente, justificadamente a mi juicio, en el caso que estudia, dice así en su fundamento segundo:

«El Ayuntamiento de Bilbao discrepa, en esta apelación, del criterio de la Sala de instancia por entender inaplicables al orden jurisdiccional contencioso-administrativo los preceptos contenidos en los artículos 384 y 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en todo caso, por no concurrir en el supuesto de autos los requisitos exigidos en este último precepto para acordar la ejecución provisional. Admitida ya la ejecución provisional por esta Sala en auto de 13 de diciembre de 1989 —apelación 104/88—, a cuyos argumentos habría que añadir el contrasentido que supondría conceder mayor garantía y efectividad a la resolución administrativa que a la judicial, la apelación queda reducida a determinar, a la vista de lo dispuesto en el artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la procedencia o improcedencia de la ejecución interesada. El citado precepto, tras la reforma operada por la Ley de 6 de agosto de 1984, establece dos reglas especiales, una permisiva —cuando se trate de ejecución de sentencias de condena al pago de cantida-

des líquidas— y otra prohibitiva —las sentencias recaídas en juicio que ver- se sobre capacidad, estado civil, derechos honoríficos, etc.— y una regla ge- neral, para el resto de los supuestos, en la que el juzgador ha de ponderar si es reparable o no el perjuicio que pudiera irrogarse con la ejecución de la sentencia. En el presente caso, la ejecución comportaría la construcción de 192 viviendas, más locales comerciales y garajes, y cuestionándose en el proceso un exceso volumétrico de 3.765,57 metros cuadrados es indudable que, de estimarse el recurso de apelación en los autos principales, la demoli- ción del exceso edificable supondría un perjuicio irreparable no ya al titular de la licencia sino a los compradores de las viviendas, que se verían in- cuestionablemente afectados por tan drástica medida. Por otra parte, debe recordarse los graves problemas que presenta siempre la ejecución de las sentencias que implican demolición de edificaciones, especialmente en los supuestos en los que las mismas están ya ocupadas por terceros ajenos al promotor.»

### III

La ejecución provisional que se apoya en el artículo 385 de la LEC tiene como lógica aplastante, como dice el auto de 20 de marzo de 1990, «el con- trasentido que supondría conceder mayor garantía y efectividad a la resolu- ción administrativa que a la judicial», tesis que ampara el Anteproyecto de Ley Reguladora del proceso contencioso-administrativo en su artículo 83, que establece que la apelación contra las sentencias será en un solo efecto (*vid.* la edición del Anteproyecto por el Ministerio de Justicia, Madrid 1986, p.. 188), para establecer a continuación: «2. El Juzgado de lo contencioso- administrativo ejecutará la sentencia, pero podrá condicionar esta ejecución de oficio o instancia de parte, y previa audiencia de las mismas, a la consti- tución de fianza bastante o a la adopción de las medidas cautelares que esti- me procedente cuando la ejecución pueda ocasionar perjuicios irreversibles al interés público o a alguno de los particulares interesados. La fianza podrá ser hipotecaria, pignoraticia o constituida por medio de aval bancario». Es decir, que, de acuerdo con el Anteproyecto referido, la norma general debe ser la ejecución provisional de las sentencias contencioso-administrativas, ejecución que el Juez puede condicionar a la constitución de fianza o la adopción de medidas cautelares.

Un primer auto que declara la procedencia de la ejecución provisional de sentencia (de condena al pago de una cantidad líquida a la Comunidad Foral de Navarra), apelada en doble efecto, es el de 28 de enero de 1991 (Conten- cioso-Administrativo, Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 4.<sup>a</sup>, Ponente: J. García Estartús, Re- pectorio Aranzadi 675/1). El auto considerará, acertadamente, que la falta de consignación presupuestaria no es obstáculo para dicha ejecución, «toda vez

que, ordenada por el Tribunal, la Administración deberá proceder conforme con los trámites procedimentales a hacer efectiva la cantidad determinada en la sentencia, consignando en Presupuesto, si no lo estuviera, el importe de la obligación». Por otra parte, se exigirá al recurrente interesado en la ejecución garantía suficiente para responder de lo que perciba, de los daños y perjuicios y de las costas que pudieran ocasionarse a la Diputación Foral, evaluando dicha fianza en la cantidad a la que se condena a la Administración, «más el 9,5% en concepto de rentas dejadas de percibir por la Administración por esa cantidad y el 5% en concepto de costes que pudieran devengarse por la realización del aval».

Con ello llegamos al auto del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1991 (Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 4.<sup>a</sup>, Ponente: J. Rodríguez-Zapata y Pérez, Repertorio Aranzadi 3516/1991), que supone un novedoso planteamiento del tema. Parte el auto de sus precedentes al afirmar que el artículo 385 de la LEC, modificado por la Ley de 6 de agosto de 1984, es aplicable al orden contencioso-administrativo, por la vía de la Disposición adicional 6.<sup>a</sup> de la Ley de la Jurisdicción y de que dicha aplicación no se contradice con los artículos 96 y 104 de la propia Ley, recordando como precedentes el artículo 6 del Decreto-Ley de 4 de enero de 1977, que creara la Audiencia Nacional, así como el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 62/78, de Protección de los Derechos Fundamentales. Del mismo modo acogerá el argumento del auto de 20 de marzo de 1990 en el sentido de que, no siendo objetable, a la luz de la Constitución, el principio y técnicas de la autotutela de la Administración, con igual o mayor razón, no puede objetarse la constitucionalidad de la ejecución provisional de sentencias que en aras de la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, con las garantías adecuadas, puedan decretar los Tribunales.

Pero el auto que comentamos (que confirma el de instancia que había decretado la ejecución provisional de una sentencia, recurrida en doble efecto, que autorizaba la apertura de una oficina de farmacia previa entrega de un aval bancario por el valor de un millón de pesetas) contendrá en sus Fundamentos de Derecho cuarto y quinto la justificación formal y material que le lleva a apartarse de sus muchos precedentes. En efecto, hasta este auto, sus precedentes, reconociendo la aplicabilidad del artículo 385 de la LEC al orden contencioso-administrativo, habían revocado los autos que decretaban la ejecución provisional de sentencias en casos semejantes (o idénticos) al que es objeto del auto de 23 de abril de 1991. Pues bien, después de recordar la copiosa jurisprudencia del Tribunal supremo sobre el principio de unidad de doctrina, interpretado por el Tribunal Constitucional como expresión del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley, vendrá a decir:

«Sin embargo, este principio de unidad tiene límites, como el Tribunal Constitucional —ad. ex., S. 49/1985, de 28 de marzo— ha indicado en repetidas ocasiones, ya que no puede exigirse de un órgano judicial el mantenimiento indefinido de sus propios precedentes. La posibilidad de modificar

un criterio previamente adoptado es incluso exigencia de la propia función judicial, pues el Juez, en nuestro sistema constitucional, está sometido a la Constitución y al imperio de la Ley —arts. 117.1 CE y 1 de la LOPJ— y no al precedente judicial, o, más rectamente, no está vinculado al precedente judicial (*stare decisis*) cuando el mismo ya no responda —en el caso concreto— a la Constitución y al imperio de la Ley, y siempre que conste que se ha obrado con la obvia reflexión que, en garantía del derecho a la igualdad citado exige la propia jurisprudencia del Alto Tribunal, y que consiste en: a) no modificar arbitraria o inadvertidamente el sentido de las decisiones en casos sustancialmente iguales, debiendo la variación en la interpretación de la Ley ser fundamentada y adoptada de forma reflexiva por el Juzgador, teniendo en cuenta sus propios precedentes —STC 48/1987, de 22 de abril— que el órgano que considere necesario apartarse de sus precedentes ofrezca para ella una fundamentación suficiente y razonable —STC 166/1985, de 9 de diciembre de 1985, entre otras muchas—.»

La argumentación no necesita mayores aclaraciones que las que en aplicación de las exigencias reseñadas hará el auto en el Fundamento de derecho quinto. Hasta la fecha la jurisprudencia había valorado tan sólo los intereses de los otros farmacéuticos en confrontación con el del que había obtenido la autorización de la nueva farmacia, para calibrar los perjuicios que podían ocasionarse y en función de dicha averiguación admitir o no la ejecución provisional de la sentencia en cuestión. Sin embargo, el auto de 23 de abril de 1991 introducirá como nuevo criterio el de «elemento preferente del beneficio del interés público en la apertura de una oficina de farmacia nueva en un núcleo de población» (derecho a la salud, dirá el auto de 10 de junio de 1991), nuevo criterio que desplaza el de los intereses particulares, que eran los únicos tenidos en cuenta en la doctrina precedente. Así dirá:

«Y, como hemos declarado en reiteradas ocasiones, el interés general ha de prevalecer sobre los intereses particulares, al hallarse en pugna con ellos —SS de 22 de abril de 1983, 31 de enero de 1979 y 17 de noviembre de 1978—. Las limitaciones en orden a la apertura de una oficina de farmacia no responden al propósito de proteger a una clase profesional, reduciendo el número de sus competidores, sino de conseguir una adecuada distribución de una actividad privada de interés público —sentencia de 29 de septiembre de 1987—. Y ese criterio debe llevar a autorizar en el supuesto considerado la ejecución provisional de la sentencia de instancia. Con esa ejecución provisional se satisfacen además en este caso las necesidades del público, o interés general de un núcleo de cierta entidad de población al servicio farmacéutico, que quedaría dañado —en forma no evaluable— en caso de optar por la negativa a una apertura. Entendemos, por ello, que procede dar primacía en la ponderación del conflicto aquí planteado al indicado interés general, lo que nos lleva a declarar ajustada a Derecho la ejecución provisional acordada.»

Finalmente, reforzará el auto su argumentación aludiendo al principio «in dubio pro libertate», principio de libertad del ejercicio profesional de los licenciados en farmacia que fuera afirmado por la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1984 (Repertorio Aranzadi 3116/1984), considerando que la fianza prestada en el caso controvertido era suficiente cautela para el caso de un fallo revocatorio de la sentencia de instancia, sobre el que no se anticipa juicio alguno. Esta doctrina ha sido confirmada por los autos del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1991 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Repertorio Aranzadi 5112/1991) y de 24 de junio de 1991 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ponente: J. García Estartús, Repertorio Aranzadi 5301/1991). De este último quiero resaltar la justificación que se hace de la doctrina anterior de la que ahora se separa la Sala, dice así su fundamento jurídico segundo:

«Segundo.—La procedencia de la ejecución provisional, denegada en supuestos análogos al contemplado en este recurso, resulta a juicio de este Tribunal admisible, ya que si bien en anteriores resoluciones se rechazó este pedimento y se revocaron las resoluciones dictadas por el Tribunal de Instancia en los autos relacionados en el primer apartado por estimar de muy difícil cuantificación los daños y perjuicios de los establecimientos farmacéuticos, ya existentes de revocarse la sentencia que declaró el derecho a la apertura de una nueva farmacia, débese considerar que el interés público de que dentro de lo posible toda la población se vea asistida en condiciones de igualdad por un centro sanitario de dispensación de medicamentos constituye el motivo por el cual cuando incide un núcleo de población, artículo 3.I.b) del Decreto de 14-4-78, como excepción al cupo de una por cada cuatro mil habitantes que se señala en este artículo, apartado I), es autorizable la apertura de dicha farmacia, tiene que ser apreciado como causa determinante de la ejecución provisional de la sentencia objeto de este incidente en el que la caución de cinco millones de pesetas son suficientes para garantizar los intereses de la farmacia preexistente, cuyo titular podrá reclamar la correspondiente indemnización de estimarse por sentencia firme la improcedencia de la apertura decretada por el Tribunal “a quo”; modificación del anterior criterio debidamente fundado en las anteriores consideraciones y en la doctrina contenida en el auto de 23-4-91, recurso de apelación 3147/91: correspondiendo al Juzgador la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado sometido solamente al imperio de la Ley, artículo 117.1 de la Constitución y 1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, invocados en dicho auto, sin que el precedente vincule a los Jueces y Tribunales, los cuales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1-7-85, deben aplicar e interpretar las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos hecha por el Tribunal Constitucional, que en este caso comporta que por exigencia de la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de los administrados, artículo 24.1 de la Constitución, se declare la procedencia de la

ejecución provisional debatida de conformidad con el meritado artículo 385 de la LEC y Disposición Adicional Sexta de la Ley reguladora de esta Jurisdicción de 27 de diciembre de 1956.»

#### IV

La Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, ha afectado al artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción, que ahora está dedicado a la preparación del recurso de casación. El artículo 98 de la Ley de la Jurisdicción, tal y como ha quedado redactado tras la reforma citada, hace las veces del 96 derogado, dice así:

«1. La preparación del recurso de casación no impedirá la ejecución de la resolución recurrida.

2. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional o del Tribunal Superior de Justicia, cuando tenga por preparado un recurso de casación, dejará testimonio bastante de los autos y de la resolución recurrida para proceder a su ejecución.»

El citado precepto, habida cuenta de la doctrina jurisprudencial sobre la ejecución provisional de las sentencias en el orden contencioso-administrativo, es defraudante, tanto que ha hecho dudar a la mejor doctrina, que interpreta que: «De la norma contenida en el artículo 98.1. LJ, parece desprenderse que el recurso de casación no produce el efecto de suspender la ejecución de la sentencia». (Jesús González Pérez, *Manual de Práctica Forense Administrativa*, 3.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1993). A mi juicio, no debe cuestionarse la aplicabilidad de los artículos 384 y 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las sentencias contencioso-administrativas no firmes, después de la reforma de 30 de abril de 1992, y esto no sólo porque el artículo 98 de la Ley de la Jurisdicción sirve de apoyo a esta tesis, sino porque con la reforma de 1992, que introduce la casación, el contencioso-administrativo no hace otra cosa que aproximarse al orden jurisdiccional civil. Y siendo así la aplicación de los artículos 384 y 385 de la LEC al orden contencioso-administrativo cobra mayor coherencia.

Finalmente, hay que señalar que la ejecución provisional, practicada con las debidas garantías, es consecuente con la interpretación extensiva del derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, igualando la eficacia de las sentencias, como expresaron los autos de 20 de marzo de 1990 y 24 de junio de 1991, a la ejecutividad de los actos administrativos y, en definitiva, haciendo posible, en última instancia, la ejecución de las sentencias firmes en sus propios términos, en muchos casos impedida por la propia naturaleza de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En definitiva, hay que celebrar la línea jurisprudencial iniciada por el auto de 23 de abril de 1991, que debe considerarse plenamente vigente a partir de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

La doctrina del Tribunal Supremo en lo relativo a la ejecución provisional de sentencias se podría resumir en los siguientes puntos:

1. Es una manifestación del derecho a la tutela efectiva de derechos por Jueces y Tribunales consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución.
2. Es consecuente con el principio de eficacia de las resoluciones judiciales, que no debe ser menor que el de los actos y disposiciones administrativas.
3. Es compatible con lo establecido en los artículos 98 y 103 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción.
4. Procede siempre en asuntos relativos a cantidades líquidas, debiendo en los demás casos tener en cuenta como límite el criterio de la irreparabilidad del perjuicio para otorgarla, que deberá interpretarse a la luz del artículo 24.2 de la Constitución y, en su caso, de los intereses públicos que concurren en el caso.

### ***Relación de autos del Tribunal Supremo estudiados***

- Auto de 13 de diciembre de 1989 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 5.<sup>a</sup>, Ponente: J. I. Jiménez Hernández, Repertorio Aranzadi 9404/1989).
- Auto de 11 de enero de 1990 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 5.<sup>a</sup>, Ponente: J. García Estartús, Repertorio Aranzadi 159/1990).
- Auto de 20 de marzo de 1990 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 6.<sup>a</sup>, Ponente: M. de Oro-Pulido y López, Repertorio Aranzadi 2245/1990).
- Auto de 23 de octubre de 1990 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 5.<sup>a</sup>, Ponente: J. M. Reyes Monterreal, Repertorio Aranzadi 9100/1990).

- Auto de 13 de noviembre de 1990 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 4.<sup>a</sup>, Ponente: J. García Estartús, Repertorio Aranzadi 675/1991).
- Auto de 14 de noviembre de 1990 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 5.<sup>a</sup>, Ponente: J. M. Reyes Monterreal, Repertorio Aranzadi 9100/1990).
- Auto de 28 de enero de 1991 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 4.<sup>a</sup>, Ponente: J. García Estartús, Repertorio Aranzadi 675/1991).
- Auto de 19 de febrero de 1991 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 5.<sup>a</sup>, Ponente: J. M. Reyes Monterreal, Repertorio Aranzadi 1528/1991).
- Auto de 23 de abril de 1991 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 5.<sup>a</sup>, Ponente: J. Rodríguez-Zapata y Pérez, Repertorio Aranzadi 3516/1991).
- Auto de 10 de junio de 1991 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 4.<sup>a</sup>, Repertorio Aranzadi 5111/1991).
- Auto de 24 de junio de 1991 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 4.<sup>a</sup>, Ponente: J. García Estartús, Repertorio Aranzadi 5301/1991).
- Auto de 25 de julio de 1991 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 4.<sup>a</sup>, Ponente: J. M. Reyes Monterreal, Repertorio Aranzadi 6380/1991).
- Auto de 5 de febrero de 1992 (Contencioso-Administrativo, Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 4.<sup>a</sup>, Ponente: M. Baena del Alcázar, Repertorio Aranzadi 1482/1992).