

DE NUEVO SOBRE LA EJECUCION DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS

POR

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL DERECHO FRANCÉS VIGENTE.—III. EL PROYECTO DE LEY SOBRE IMPOSICIÓN DE «ASTREINTES».—IV. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA.

I. INTRODUCCIÓN

La eficacia real del control jurisdiccional del poder público depende hoy básicamente —una vez resueltos los problemas dogmáticos de mayor bulto en el curso de una larga y compleja evolución institucional— de tres tipos de cuestiones: la duración de los procesos correspondientes, su coste y la ejecución de las decisiones que pongan fin a los mismos.

En estos tres frentes la situación actual es altamente insatisfactoria y reclama un replanteamiento urgente de sus bases institucionales. Los procesos contencioso-administrativos duran demasiado, lo cual es grave porque una justicia tardía se diferencia muy poco de una injusticia pura y simple en la mayor parte de los casos, especialmente cuando, como ocurre en este ámbito, el justiciable se ve obligado a soportar desde el principio los efectos de la decisión por él impugnada, dado el carácter ejecutorio de la misma y la pobreza de las medidas cautelares disponibles en nuestro ordenamiento para paliar siquiera las consecuencias que derivan de este peculiar planteamiento. En este plano, parece clara la urgencia de un reforzamiento del cuadro de medidas de este tipo, de una reorganización racional de la planta de la jurisdicción, libre de oportunismos y de hipotecas políticas, y, en fin, el establecimiento de procesos sumarios en ciertas materias capaces de adecuar la garantía judicial al ritmo de funcionamiento de la Administración de nuestros días (1).

(1) Vid. mi trabajo *Sobre la planta de la jurisdicción contencioso-administrativa* en el número 81 de esta REVISTA, pp. 309 y ss.

El tema de las costas merece, también, una seria reflexión. La regulación legal vigente está calcada sobre el molde del proceso civil, con lo cual resulta que a las disfunciones intrínsecas de éste se unen los problemas que derivan de la diversidad esencial existente entre ambos tipos de procesos y sus protagonistas respectivos. Digamos las cosas claramente. El esquema procesal civil parte ya de una base falsa: la igualdad de las partes. Esa igualdad es ilusoria, porque aunque desde el punto de vista jurídico-formal las partes litigantes son iguales, desde el punto de vista social y económico no lo son en absoluto. El litigante más poderoso económicamente tiene siempre—no nos engañemos—la posibilidad de imponerse a su contrario por simple agotamiento de éste en razón de su misma prepotencia material cuando la distancia entre uno y otro es suficientemente grande.

Pues bien, si esto es así en el ámbito civil—y algún día habrá que admitirlo formalmente y sacar de ello las consecuencias correspondientes si se quiere que la Justicia sea para todos y no sólo para unos pocos—, en el ámbito jurídico-administrativo la cuestión es todavía más grave y ello porque a la desigualdad material se une la desigualdad jurídica, ya que la Administración Pública es una *potentior persona* fuera del proceso y en el proceso mismo. Litigar con la Administración en las circunstancias actuales es aceptar una situación de inferioridad en todos los planos que tiene muy poco que ver con la idea misma de Justicia, especialmente cuando la corrección *a posteriori* de esa desigualdad dista mucho de estar asegurada. La atrofia de la posibilidad de condena en costas a la Administración añade, como ya he dicho en otro lugar (2), un nuevo privilegio que incrementa injustificadamente esa desigualdad de base y contribuye a hacer más evidente todavía la artificiosidad y la injusticia de una regulación legal a todas luces inapropiada. No es mi intención ocuparme ahora con detalle de este tema, pero sí quiero apuntar que la regulación actual—temeridad o mala fe, rígidamente entendidas al modo civil—se compagina mal con otros principios generales del ordenamiento jurídico-administrativo y, muy especialmente, con el de responsabilidad patrimonial de la Administración que garantiza al ciudadano una cobertura integral frente a todo daño económicamente evaluable que resulte para él del funcionamiento, incluso normal, de los servicios públicos. Sobre esta base es muy difícil convencer a un particular que se ha visto obligado a so-

(2) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo II*, Ed. Civitas, Madrid, 1977, pp. 560 y ss.

portar durante varios años los cuantiosos gastos que comporta un proceso en dos instancias y que al cabo de ellos ve cómo los Tribunales le dan la razón y anulan por injusto el acto administrativo impugnado, de que, a pesar de este reconocimiento judicial de sus razones y de la sinrazón de la Administración, nadie le va a resarcir de los desembolsos efectuados, que, de este modo, vienen a ser siempre indefectiblemente una minoración, a veces sustancial, del contenido económico de su propio derecho, injustamente discutido.

El tema —repito— es importante y no puede despacharse tan simplemente como se viene haciendo y testimonia, por ejemplo, la reciente Sentencia de 3 de mayo de 1977 (3).

El problema de la ejecución de sentencias es, en fin, el tercer condicionante actual de la eficacia real del sistema. A él voy a referirme ahora con más detenimiento, y ello porque, aunque presente siempre por su importancia dogmática y práctica en la doctrina jurídico-administrativa, tiene hoy una palpitante actualidad en el Derecho francés y está, también, en candelero en nuestro ordenamiento, como resulta de la simple lectura del proyecto de Constitución, cuyo debate parlamentario está a punto de comenzar.

II. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL DERECHO FRANCÉS VIGENTE

En el reciente viaje a París con motivo de la investidura como Doctor *honoris causa* por la Universidad de la Sorbona del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA—distinción singular tan merecida para él como gratificadora para todos nosotros, ya que a todos nos alcanza de alguna manera—tuve ocasión de adquirir y leer el informe oficial del *Conseil*

(3) El recurrente, que obtuvo una primera sentencia anulatoria de los acuerdos municipales que le prohibieron ilegalmente el ejercicio de determinada actividad, promovió a continuación un nuevo recurso en reclamación de los daños y perjuicios ocasionados por la actividad de la Administración, pretensión indemnizatoria que acoge en lo sustancial la sentencia de 3 de mayo de 1977. El considerando final de ésta afirma, sin embargo: «que no procede estimar como conceptos indemnizables las partidas referentes a gastos judiciales causados en el anterior proceso (el ultimado por sentencia de 3 de octubre de 1974) y en el presente, ya que en ambos no existe pronunciamiento de condena expresa y, por lo tanto, los causados son imputables a cada una de las partes litigantes». Desconozco el importe de esta partida, pero parece claro que, después de dos pleitos seguidos en dos instancias cada uno, habría de ser bastante superior al de otras varias que la sentencia acepta. ¿Dónde queda entonces la tan pregonada indemnidad del particular que el instituto de la responsabilidad patrimonial pretende asegurar?

d'Etat correspondiente al año judicial 1975-76 sobre la ejecución de las decisiones de las jurisdicciones administrativas (4), hecho éste que justifica adicionalmente la elección de dicho tema en este momento en cuanto me permite hacer coincidir esta modesta contribución al homenaje que la REVISTA ofrece a quien fue uno de sus fundadores y sigue siendo su Secretario con el acontecimiento mismo del que dicho homenaje trae causa.

El referido documento, cuya publicación ha sido decidida por vez primera en 1976 por el Gobierno francés en el marco de una serie de medidas tendentes a dar satisfactoria solución a un problema tan antiguo como la propia jurisdicción y, sin embargo, pendiente todavía, tiene un excepcional interés en cuanto revela las dificultades reales con las que se tropieza en esta materia en el país vecino, dificultades que, como vamos a ver, no difieren gran cosa de las nuestras, a pesar de ser distintos los mecanismos existentes en uno y otro ordenamiento, lo cual no deja de constituir un motivo serio de reflexión para nosotros.

Antes, sin embargo, de pasar revista al contenido del mismo, conviene hacer aquí un breve recordatorio de las líneas generales del sistema todavía imperante en Francia en materia de ejecución de sentencias (5).

Como es sabido, el principio de *séparation de pouvoirs*, tal como tradicionalmente se entiende en el Derecho francés, impide al juez del exceso de poder tomar otra decisión, cuando el recurso es fundado, que la anulación pura y simple del acto recurrido y, por tanto, reformarlo, dirigir *injonctions* a la Administración, sustituirse en lugar de ésta o condenarla a *astreintes* (6). Todo lo que el juez puede hacer en orden a asegurar la ejecución de su decisión es indicar a la Administración el marco general en el que deberá situarse para llevarla a efecto, es decir, avanzar unos cuantos consejos o directrices en la línea de la anulación del acto destinados a facilitar que la decisión anulatoria surta todos sus efectos propios.

La ejecución efectiva de una decisión anulatoria queda, pues, en último término, en manos de la Administración, cuya eventual resistencia al cumplimiento no tiene un tratamiento fácil. La doctrina del

(4) *Vid. Conseil d'Etat, Rapport sur l'exécution des décisions des juridictions administratives, Année Judiciaire 1975-1976*, «Etudes et documents», París, 1977.

(5) Sigo en este punto las indicaciones de AUBY-DRAGO: *Traité de contentieux administratif*, tomo II, LGDJ, París, 2.ª ed., pp. 417 y ss. y 551 y ss.

(6) Las *astreintes* son penalidades pecuniarias de finalidad coercitiva con las que se pretende indirectamente incitar al deudor a la ejecución o cumplimiento de una obligación.

Consejo de Estado admite, sí, la posibilidad de un nuevo recurso y la consiguiente anulación por violación de la cosa juzgada del nuevo acto en el que se plasme aquella resistencia. Admite, también, la posibilidad de exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración en un nuevo proceso considerando la negativa a la ejecución de la decisión primera como una *faute de service*. Considera, en fin, que la ejecución coactiva de un acto anulado constituye una vía de hecho en sentido técnico con todas sus consecuencias. Sin embargo, se ha negado siempre a poner en juego la responsabilidad personal del agente público causante de la resistencia por estimar que sería prácticamente imposible descubrir al funcionario a quien pudiera imputarse la falta correspondiente, supuesto que la resistencia o negativa al cumplimiento de lo juzgado suele deberse siempre a otras razones de porte diferente.

Para completar el cuadro general de instrumentos disponibles para asegurar de algún modo la eficacia real de las decisiones jurisdiccionales hay que decir que el Consejo de Estado dispone, a raíz del Decreto de 30 de julio de 1963, de otra serie de medios —no contenciosos en la terminología francesa habitual— para tratar de enderezar las situaciones de incumplimiento, marco éste en el que se sitúa concretamente el informe citado antes (7).

En efecto, los artículos 58 y 59 del referido Decreto, relativo a la organización y funcionamiento del Consejo de Estado, disponen que, en caso de anulación de un acto a resultas de un recurso por exceso de poder o de condena a la Administración en un litigio de plena jurisdicción, los ministros interesados «tienen la facultad de dirigirse al Consejo de Estado solicitando aclaración sobre las modalidades de ejecución de su decisión», facultad cuyo efectivo ejercicio da lugar a la designación de un ponente que ejerce su misión bajo la autoridad del presidente de la *Commission du Rapport et des Etudes* del propio Consejo orientando a la Administración requirente sobre el modo de asegurar una ejecución definitiva del *arrêt* de que se trate.

El propio vicepresidente del Consejo o el presidente de la Sección de lo Contencioso pueden, por su parte, tomar la iniciativa e invitar al presidente de la Comisión citada a «llamar la atención de la Administración sobre las consecuencias que se siguen de una decisión», lo que abre la vía a la designación de un ponente en los mismos términos ya indicados.

(7) Las disposiciones del Decreto de 30 de julio de 1963 fueron extendidas a las decisiones de los Tribunales administrativos por el Decreto de 28 de enero de 1969.

Los propios recurrentes pueden, en fin, dentro del plazo de seis meses desde la fecha del *arrêt*, dirigirse al presidente de la Comisión para exponer «las dificultades que encuentran para obtener la ejecución de la decisión», requerimiento que puede desembocar igualmente en la designación de un ponente al cual la Administración tendrá que dar explicaciones, tanto más cuanto que su eventual oposición podrá ser mencionada en el informe anual, con las consecuencias que derivan del hecho de la publicación de dicho informe, decidida por el Gobierno en 1976, como ya se ha dicho, con la finalidad de reforzar la virtualidad de la mención mediante la responsabilización de la autoridad renuente ante la opinión pública (8).

¿Cómo funciona en la práctica este conjunto de dispositivos? Esto es lo que el informe aludido viene a explicar. Veámoslo.

El informe comienza señalando que el número de reclamaciones formuladas ante la *Commission du Rapport* en el curso del año judicial —un centenar exactamente— es muy pequeño en relación al de las decisiones que conceden a los recurrentes una satisfacción, al menos parcial —de 4 a 5.000—, aunque advierte a continuación que no es posible saber si ello se debe a que la Administración se muestra diligente en la ejecución o bien a la ignorancia de los justiciables acerca de la existencia misma de esta posibilidad. Las estadísticas jurisdiccionales permiten, sin embargo, suponer que más bien se trata de ignorancia de los recurrentes que de diligencia de la Administración, ya que, según esas estadísticas, la inmensa mayoría de los juicios tardan entre uno y dos años en ejecutarse.

En este mismo sentido se manifiesta el proyecto de ley al que más adelante haré referencia, en cuya exposición de motivos se indica que el simple hecho de la publicación, en 1974, de una guía del justiciable ha cuadruplicado el número de reclamaciones. Aunque éstas sean pocas, parece claro que el problema existe y que es grave en términos cuantitativos.

Del informe se desprende, no obstante, que el sistema indirecto de medidas diseñado por el Decreto de 30 de julio de 1963, que da entrada de un modo u otro al propio Consejo de Estado en la fase de ejecución, está surtiendo efectos positivos. Las indicaciones y sugerencias de la

(8) No existe ningún procedimiento formalmente regulado al cual deba acomodarse la instrucción de las reclamaciones formuladas ante la Comisión, que, según se indica en el informe anual citado en el texto, se ha venido esforzando en sustituir los intercambios de escritos por los contratos directos con los Servicios encargados de la ejecución, desplazándose unas veces a los lugares de autos para conocer *in situ* las dificultades alegadas y citando otras ante ella a los representantes de los Ministros interesados; *loc. cit.*, pp. 93 y 94.

Comisión y de sus ponentes suelen ser atendidas por la Administración en la generalidad de los casos, según se indica. En principio, pues, el problema de la ejecución de las decisiones jurisdiccionales es más bien de lentitud y de falta de agilidad de la Administración que de auténtica resistencia a acatar la cosa juzgada.

El informe destaca, sin embargo, que no faltan casos, aunque afortunadamente sean poco numerosos, de mala voluntad (*mauvais vouloir*), que se concretan, normalmente, más que en negativas frontales al cumplimiento de lo fallado, en actitudes tendentes a privar al fallo de sus naturales efectos, abocando así a formas de incumplimiento indirecto.

En general, el panorama que el informe describe no puede ser más familiar para nosotros, tanto por lo que se refiere a la lentitud de la ejecución, como a las resistencias, directas o indirectas, al cumplimiento de lo fallado, como, en fin, a los sectores concretos en los que las dificultades suelen ser mayores: decisiones anulatorias de licencias de construcción y cuestiones propias del contencioso de la función pública, especialmente cuando el acto en causa tiene un alcance colectivo.

III. EL PROYECTO DE LEY SOBRE IMPOSICIÓN DE «ASTREINTES»

Descrita brevemente la situación actual, hay que decir que la insatisfacción que de ella resulta ha propiciado una respuesta enérgica por parte del Gobierno francés, que el pasado 24 de abril presentó en el Senado un proyecto de Ley, relativo a las *astreintes* pronunciadas en materia administrativa, destinado a reforzar los precarios mecanismos disponibles para hacer frente a las dificultades expuestas. El proyecto en cuestión fue adoptado por la Cámara Alta y discutido por la Asamblea Nacional el 27 de mayo siguiente. Modificado ligeramente por ésta en el curso de la primera lectura, pasó de nuevo al Senado, que deliberó sobre el mismo en la sesión de 22 de noviembre último (9). En la fecha en que se escriben estas líneas el proceso legislativo está a punto de quedar ultimado. Está, pues, más que justificada la oportunidad de un breve análisis del mismo.

(9) Vid. los textos en *Sénat*, n.º 273, annexe au procès-verbal de la séance du 28 avril 1977; *Assemblée Nationale*, n.º 2936, annexe au procès-verbal de la séance du 27 mai 1977; *Sénat*, n.º 131, annexe au procès-verbal de la séance du 8 décembre 1977.

La exposición de motivos del proyecto comienza confesando que el punto débil del sistema de control jurisdiccional se encuentra, justamente, en la ausencia de vías de ejecución forzosa contra las Administraciones Públicas y pasa revista luego a las medidas ya examinadas más atrás que puso en juego el Decreto de 30 de julio de 1963, medidas a las que vinieron a añadirse luego, de un lado, la fijación, por Ley de 11 de julio de 1975, de la tasa de interés legal por referencia a la de descuento del Banco de Francia aumentado en cinco puntos a los dos meses de la adopción de una decisión jurisdiccional (lo que, al parecer, ha contribuido a reducir la demora en la ejecución de las condenas pecuniarias) y, de otro, la atribución al Mediador, por Ley de 24 de diciembre de 1976, de la facultad de ordenar a la Administración remisa al cumplimiento el acatamiento del fallo, bajo la intimación de hacer constar la inejecución en un informe especial publicado en el «Journal Officiel».

A estas medidas, que, en cualquier caso, no han resuelto completamente el problema, como el informe antes analizado ha puesto de relieve, añade el proyecto, como remedio más enérgico, las *astreintes*, sobre las cuales va a descansar el sistema si aquél es finalmente aprobado.

El empleo de esta técnica, utilizada ya en el ámbito del Derecho privado en los términos de la Ley de 5 de julio de 1972, supone, evidentemente, una cierta ruptura con la interpretación tópica tradicional del principio de separación de poderes. Consciente de ello, el proyecto sale al paso de las objeciones posibles recordando que ya «desde la época clásica del contencioso-administrativo, algunos autores habían observado que el Consejo de Estado podía utilizar por vía jurisprudencial este procedimiento», para afirmar, después, que «la *astreinte* no contraviene ningún principio general del Derecho público» porque no es en sí misma una vía de ejecución, sino sólo un medio de presión. «De otro lado —añade—, el principio de separación del juez y de la Administración, invocado con frecuencia en contra de la *astreinte* en el Derecho público, conserva todo su valor pero no impide al juez administrativo dar directrices, en ciertos tipos de contencioso, o incluso en el curso de la instrucción de los asuntos, a la Administración.» Expuestas estas justificaciones, el proyecto termina expresando su decidida voluntad de cambio por encima de cualesquiera prejuicios y afirma categóricamente que el principio de separación «debe ceder ante la necesidad de asegurar el respeto de la cosa juzgada».

Desconozco si esta concluyente afirmación —a mi juicio irreprochable, puesto que el principio de separación debe considerarse como un simple instrumento al servicio de la libertad ciudadana y ésta sólo puede existir allí donde el ejercicio del Poder público se encuentre eficazmente controlado—, ha sido objeto de contestación en el curso de los debates parlamentarios. Parece, no obstante, que el tema no ha suscitado dificultades dignas de nota, ya que las modificaciones introducidas por la Asamblea Nacional no han hecho sino reforzar el contenido del proyecto.

Básicamente, éste se concreta en el reconocimiento al Consejo de Estado, en caso de inejecución de decisiones adoptadas por una jurisdicción administrativa, de un poder de *astreinte*, ejercitable incluso de oficio, según el tenor literal del artículo 1 del proyecto en la redacción dada al mismo por la Asamblea.

Esta *astreinte*, que es, en todo caso, independiente de la indemnización de daños y perjuicios (artículo 2), puede ser provisional o definitiva (10) y «en caso de inejecución total o parcial o de ejecución tardía», puede ser liquidada por el Consejo de Estado en favor del propio recurrente (artículos 3 y 4).

El proyecto, muy escueto en su formulación, no contiene mayores precisiones de orden procesal, lo que otorga al Consejo de Estado un amplio margen de libertad en el manejo efectivo del nuevo mecanismo en función de las circunstancias concurrentes. Por lo pronto, la imposición de *astreintes* no es obligatoria en todo caso, sino simplemente facultativa («...el Consejo de Estado puede, aun de oficio...: artículo 1). Al propio Consejo corresponde igualmente decidir sin traba alguna sobre la cuantía de la *astreinte* y sobre el carácter provisional o definitivo de la misma (artículo 2). Puede, también, moderar o suprimir la *astreinte* provisional, aun en caso de inejecución constatada (artículo 3, *in fine*), así como reducir el importe de la *astreinte* definitiva en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor (artículo 3). Compete al

(10) El artículo 2 del proyecto del Gobierno daba a la *astreinte* carácter provisional en todo caso, por entender que «en gran número de casos la inejecución se explica no por malevolencia o por inercia, sino por motivos que pueden ligarse al interés general, aunque, en realidad, el interés general superior quiere que los juicios sean ejecutados. Será necesario, pues —añade la exposición de motivos—, en la fase de liquidación, tener en cuenta el conjunto de circunstancias que han rodeado el retraso o la inejecución. Sólo la *astreinte* provisional permite esta apreciación». El Senado rectificó el planteamiento pretendiendo dar a la regulación una mayor energía. La provisionalidad sigue siendo la regla, pero se admite que el Consejo de Estado imponga la *astreinte* con carácter definitivo.

Consejo, en fin, decidir qué parte de la *astreinte* podrá destinarse al fondo de equipamiento de las Corporaciones Locales (artículo 3 bis) (11).

El proyecto remite la fijación de las modalidades de aplicación del sistema a un ulterior Decreto (artículo 7). Parece claro, sin embargo, que en la mecánica descrita están implícitas amplias facultades en orden a la valoración de la demora en la ejecución, así como en relación a la fijación misma de plazos a la Administración activa para el cumplimiento de las decisiones de cuya ejecución se trate, ya que la posibilidad misma de la imposición de *astreintes* arranca de la constatación de la existencia de un caso de inejecución o de ejecución tardía, conceptos éstos inicialmente indeterminados cuya determinación exige inexcusablemente la previa fijación de referencias temporales.

La eficacia real del sistema va a depender, pues, esencialmente del modo en que se manejen estas amplias facultades por el Consejo de Estado y de la forma en que se combinen por éste la necesaria ponderación con la no menos imprescindible energía. Como nuestra propia experiencia nos enseña, es aquí, más que en el rigor formal de los instrumentos disponibles, donde radica la clave de la solución, pues de poco o nada sirve contar con un conjunto completo y sistemático de medidas coercitivas si por debilidad o desfallecimiento de los órganos jurisdiccionales no se apuran las posibilidades que éstas ofrecen.

Al margen de estas consideraciones de carácter general, es prematuro pronunciarse sobre los nuevos instrumentos que el legislador francés está a punto de incorporar al Derecho positivo. La única opinión autorizada que se ha pronunciado hasta ahora en la doctrina francesa a propósito del proyecto en cuestión, al menos en lo que a mí me consta, es la que, a raíz de la publicación de la versión gubernamental de aquél, formuló VEDEL desde las páginas de «Le Monde» (12).

(11) La redacción primitiva del proyecto permitía liquidar a favor del recurrente una parte de la *astreinte* (art. 3, párrafo segundo) y afectaba el resto al Fondo de Acción Local (art. 5), por estimar que el ingreso de estas cantidades en el presupuesto general no tendría el carácter de sanción para el Estado y penalizaría en exceso a los entes locales. También aquí el planteamiento ha sido invertido por el Senado, pues del nuevo artículo 3 bis se desprende que la regla general será la liquidación de la *astreinte* a favor del recurrente («El Consejo de Estado puede decidir que una parte de la *astreinte* no sea entregada al recurrente»).

(12) *La Republique mande et ordonne...*, «Le Monde», 6 de mayo de 1977. El citado autor ve en el proyecto «un progreso considerable», pero advierte que «el problema no está definitivamente resuelto», ya que, por lo pronto, el proyecto se refiere sólo a las decisiones de las jurisdicciones administrativas, quedando al margen las de los Tribunales ordinarios. En segundo lugar —añade— sería necesario «como una *ultima ratio* y en los casos más graves» establecer el remedio más seguro y más simple: «la amenaza para el agente público malintencionado (u obstinado hasta el delirio) de un saludable *tête a tête* con su víctima ante la

Es evidente en cualquier caso que el sistema francés, anclado hasta ahora en la tradicional asepsia declarativa del *excés de pouvoir*, evoluciona decididamente en una línea muy semejante a la que ya es habitual entre nosotros, del que sólo se separará, si, como parece, el proyecto descrito es finalmente aprobado, en lo que concierne a la responsabilización personal y directa, incluso penal, de los agentes públicos, meta ésta que el propio VEDEL considera deseable, y que hay que contemplar, más que en el terreno de los principios, ya que es ciertamente difícil, cuando no imposible, imputar a un agente público concreto la responsabilidad de un incumplimiento o de un cumplimiento tardío de las decisiones jurisdiccionales, desde una perspectiva funcional como último recurso para forzar a la Administración al cumplimiento sin traspasar las fronteras del principio de separación, que veda formalmente una intervención frontal y directa sobre la Administración misma (13).

Importa destacar que el proyecto que nos ocupa llega hasta muy cerca de este límite final al prever en su artículo 6 la posibilidad de aplicar a toda persona que con su conducta dé lugar a la imposición de *astreintes* a la Administración sanciones pecuniarias que pueden ir desde el mínimo de 500 francos hasta el máximo del importe de la retribución bruta anual que corresponda al responsable en la fecha en que la decisión jurisdiccional hubiera debido recibir ejecución (14).

IV. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA

El breve análisis que acaba de hacerse del estado actual de la cuestión en Francia habrá permitido comprobar hasta qué punto son semejantes los problemas en aquel país y en el nuestro. Ninguno de noso-

jurisdicción de todo el mundo, aquella en la que se comparece sin gorra, toga o kedis: la jurisdicción civil». «Se podría ir —termina— hasta soñar que el legislador haga un delito penal de la resistencia al juez. Esto sería en Francia una gran novedad, pero Francia no está en este tema en el pelotón de cabeza.»

(13) El terreno que progresivamente va cediendo el principio de separación de poderes tiende a situar el núcleo de las dificultades en el campo, más concreto y también más sólido, del principio de inembargabilidad de los fondos y caudales públicos, salido ciertamente de aquél, pero funcionalmente independizado del mismo y defendido enérgicamente en el plano estructural por una parte importante del aparato organizativo y burocrático, capaz de resistir sin mayores problemas una eventual judicialización constitucional del tema de la ejecución de sentencias. Esto es lo que explica en último término el que las previsiones contenidas en el artículo 31 de nuestra Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1987 hayan quedado inéditas en sus diez años de vigencia.

(14) La imposición de estas sanciones va referida al Tribunal de Disciplina presupuestaria y financiera.

tros tendría, en efecto, inconveniente en suscribir pura y simplemente el informe del *Conseil d'Etat* al que antes se hizo referencia.

Esta identidad del balance final de dos sistemas hasta ahora bastante diferentes encierra, a mi juicio, una enseñanza importante y es que la clave de la cuestión no está tanto en los mecanismos juridico-formales como en la voluntad que anime su manejo.

Puestos a hacer examen de conciencia, creo que es preciso reconocer que el rendimiento hasta ahora obtenido del cuadro legal que se contiene en los artículos 103 y siguientes de nuestra Ley jurisdiccional es más bien escaso (15). Parece claro, también, que una utilización a fondo de los mecanismos legales disponibles sería capaz de reducir a la nada todos los problemas.

La cuestión para nosotros no está, por lo tanto, en una reforma de la legislación vigente, ni en una conversión del actual sistema de ejecución administrativa bajo fiscalización judicial por otro de ejecución judicial a través de la Administración, sino en la afirmación por parte de los Tribunales de una voluntad decidida de poner en juego unas técnicas jurídicas que, en uno y otro caso, son muy similares y que, desde luego, no funcionan solas, ni funcionan mejor por el simple hecho de cambiar la rúbrica que las preside (16).

Con ello, naturalmente, no pretendo oponerme al cambio de sistema que propicia el artículo 107-2 del proyecto de Constitución («el ejercicio de la potestad jurisdiccional *en todo tipo de procesos*, juzgando y *haciendo ejecutar lo juzgado*, corresponde *en exclusiva* a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establecen») y refuerza el artícu-

(15) Me remito a mi trabajo *Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las sentencias de los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, en el número 73 de esta REVISTA, páginas 151 y ss. Vid. también L. MARTÍN-RETORTILLO: *Ejecución de sentencia del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo: ¿Puede un Ayuntamiento demorarla o desviarla de alguna manera?*, en el número 67 de esta REVISTA, pp. 231 y ss. Una recopilación de supuestos de incumplimiento indirecto puede verse en GONZÁLEZ MARINÁS: *La inejecución de sentencias de los Tribunales Contencioso-Administrativos*, ENAP, Madrid, 1975. Sobre el sistema en su conjunto, vid., amén de las obras generales, A. DE LA OLIVA SANTOS: *Notas sobre la ejecución de sentencias en el proceso administrativo*, en el número 159 de «Documentación Administrativa», páginas 99 y ss.

(16) Sobre la conversión del sistema, resultante de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Estado, vid. CANO MATA: *Ejecución judicial de las resoluciones contencioso-administrativas*, en el número 70 de esta REVISTA, pp. 27 y ss., donde se realiza una remodelación, sustancialmente correcta, del sistema previsto en la Ley jurisdiccional a la luz de la Ley fundamental citada. También MONTORO: *Nuevas perspectivas en la ejecución de sentencias contencioso-administrativas*, en el número 166 de la «Revista de Estudios de la Vida Local», pp. 203 y ss.

lo 108 del propio texto («todos deben acatar las decisiones firmes de los Tribunales y prestar la colaboración que éstos les requieran en el desarrollo del proceso y en la ejecución de las sentencias y demás resoluciones judiciales»), en la misma línea ya apuntada por los artículos 31 y 36 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 (17).

Creo, por el contrario, que este último paso debe darse apartando definitivamente tanto fantasma inútil como la tradicional y tópica interpretación del principio de separación ha venido a introducir en el seno de las instituciones para perturbar en último extremo su normal funcionamiento. Creo, también, que ese cambio constitucional no requiere para ser inmediatamente operativo mayores desarrollos a nivel de legislación ordinaria. CANO MATA ha demostrado, en efecto, desde las páginas de esta misma REVISTA que es perfectamente posible ajustar de inmediato las técnicas jurídicas al uso al nuevo marco fundamental en el que ya desde 1967 vinieron a quedar insertas (18).

Lo que pretendo advertir pura y simplemente es que ese cambio de planteamientos carece de virtudes taumatúrgicas y que por sí solo no va a resolver los problemas presentes; que será necesario, por lo tanto, un cambio de mentalidad y un proceso de autoafirmación por los Tribunales de su propia función que elimine los desfallecimientos a los que, en último extremo, es imputable la existencia misma de aquellas dificultades.

En esta línea me parece mucho más esperanzadora la actitud que reflejan las decisiones más recientes, expresivas de una decidida voluntad de cerrar el paso a las resistencias, directas o indirectas, de la Administración.

Merece citarse a este respecto la *Sentencia de 21 de junio de 1977* (Aranzadi 2940), que parece zanjar definitivamente una de las dificultades más frecuentes: la reproducción más o menos encubierta del acto anulado. Hasta ahora la posición de la jurisprudencia fluctuaba, como es sabido, entre la posibilidad de plantear el problema en un nuevo recurso—solución insatisfactoria en la medida en que condena al litigante vencedor a seguir un nuevo proceso para encontrarse al final en la misma situación— o promover un incidente de ejecución de resultados poco seguros, dados los escrúpulos de los Tribunales a enfren-

(17) No estimo justificadas las reservas que formula GONZÁLEZ MARIÑAS: *La inejecución*, cit., pp. 41 y ss., en relación al alcance del artículo 31 de la Ley Orgánica del Estado, para mí inequívoco en el sentido judicialista que ha destacado la generalidad de la doctrina.

(18) *Ejecución judicial*, cit.

tarse en esta vía incidental con el nuevo acto ilegal (19). Pues bien, la Sentencia citada parece poner fin a estas vacilaciones afirmando concluyentemente que en tales casos no procede interponer nuevos recursos, sino promover incidentes de ejecución, «aun en aquellos casos en que la Administración opta por la insinceridad de la desobediencia disimulada», lo cual, naturalmente, lleva consigo el compromiso —por que, de otro modo, no se entendería esta actitud— de frenar enérgicamente en la vía incidental la eficacia del nuevo acto y aun de hacerle desaparecer pura y simplemente, a todo lo cual el Juez está habilitado legalmente por los artículos 109 y 110 de la Ley Jurisdiccional, que no tasan las medidas a emplear con el fin de asegurar la ejecución, lo que permite, sin duda, intimar al funcionario o autoridad de quien emane el acto perturbador para que, de inmediato, proceda a su eliminación bajo los apercibimientos legales a que se refiere el propio artículo 109.

Digno de mención igualmente en este momento es el *Auto de 29 de abril de 1977* (ponente, GABALDÓN), que pone fin a un intento de resistencia al cumplimiento que quería encubrirse en el supuesto de imposibilidad material y legal de ejecución, previsto en el artículo 107 de la Ley Jurisdiccional.

Se trataba concretamente en este caso de la ejecución de una Sentencia que había ordenado la demolición de una casa indebidamente construida al amparo de una licencia municipal, demolición a la que el Ayuntamiento que otorgó la licencia opuso, como supuestas causas de imposibilidad material y legal de ejecución, el hecho de la transmisión del inmueble a terceros no litigantes y un presunto cambio de la normativa urbanística aplicable en la zona. Al primero de dichos pretextos el Auto contesta irreprochablemente que la condena no se dirige al título jurídico, sino a la propia realidad física que permanece inmutable y que, como contraria a la legalidad aplicable, es preciso eliminar en todo caso. Al ocuparse del segundo, el Auto precisa

«que sí, en efecto, ha tenido lugar un cambio en la normativa urbanística con alcance suficiente como para permitir realmente que en el lugar cuestionado pueda

(19) Pueden verse referencias bastante completas a la evolución jurisprudencial al respecto en el trabajo de FERNÁNDEZ HERNANDO: *Incumplimiento de la sentencia administrativa, sus formas y su tratamiento jurisprudencial*, en «Estudios Jordana», tomo III, vol I, pp. 241 y ss. y en el mio citado ya, *Algunas reflexiones*. También en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo* II, p. 549.

ahora edificarse sin el retranqueo cuya exigencia e incumplimiento determinó la invalidación de la licencia, ello sí determinaría la imposibilidad de ejecución puesto que la demolición de unas construcciones que inmediatamente podrían ser autorizadas de nuevo carece de sentido jurídico como mera ficción que deberá sustituirse por su equivalente real o sea el mantenimiento de la obra ejecutada; pero, todo ello, naturalmente, no con base en una alegación incomprobada y dudosa en su alcance, sino mediante los adecuados procedimientos previos de legalización y de la constatación de sus consecuencias ante el Tribunal que ordenó la ejecución y sin olvidar en una y otra fase la articulación de las indemnizaciones adecuadas a los propietarios».

con lo cual, al propio tiempo que se aclara el alcance real del supuesto previsto en el artículo 107 de la Ley (20), se cierra el paso a las interpretaciones abusivas del mismo.

Si esta actitud de seriedad y energía, no exenta de ponderación, se confirma y consolida, parece claro que los problemas actuales resultarán prácticamente eliminados, porque éstas son, sin duda, las vías de expresión más frecuentes que suele adoptar la resistencia al cumplimiento de la cosa juzgada. Sólo restaría entonces la cuestión relativa a la corrección de las demoras en la ejecución. A este respecto la fórmula francesa de la imposición de *astreintes*, adecuadamente manejada, parece idónea en la medida en que permite compensar adicionalmente al justiciable por la vía de la liquidación a su favor de las *astreintes* impuestas. Hay que decir, sin embargo, que la obtención de un resultado semejante es igualmente viable entre nosotros sin necesidad de ninguna reforma legal. Bastaría, como en otra ocasión hemos notado (21), con aplicar al supuesto de demoras en la ejecución las previsiones contenidas en el artículo 108 de la Ley Jurisdiccional en relación a los casos de suspensión de la ejecución, cosa perfectamente posible, pues es evidente que el retraso equivale a una suspensión temporal *de facto*, lo que, lógicamente, postula en favor de la identidad de tratamiento jurídico (*ubi est eadem ratio ibi eadem dispositio debet*

(20) En la línea del auto de 25 de marzo de 1971, producido a propósito de un supuesto análogo.

(21) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. F. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo II*, p. 550.

esse). En la mano de los Tribunales está, pues, en los términos del precepto legal citado, compensar por vía indemnizatoria los perjuicios inherentes a las excesivas demoras actuales, compensación que, amén de garantizar la integridad de la reparación judicial, contribuiría a corregir de forma automática la pereza y la lentitud de la Administración.