

# SOBRE LA EJECUTORIEDAD INMEDIATA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES RECURRIDAS EN CASACION. UNA REFLEXION RECTIFICATIVA

Por

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA  
Universidad Complutense de Madrid

**SUMARIO:** I. El artículo publicado en el número 151 de esta REVISTA y el problema de la efectividad de los Autos que acuerden medidas cautelares cuando sean recurridos en casación. Artículo 134 de la nueva LJ y artículo 125 de la LJ de 1956.—II. Durante la vigencia de la LJ de 1956 en base a su artículo 125 se entendió que las apelaciones (luego casaciones) contra los Autos de medidas cautelares no suspendían la efectividad inmediata de éstas. El caso Torres de Colón de 1970-71. La orden municipal de demolición de 9 metros de un supuesto exceso de altura y su suspensión por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid. La admisión de la apelación contra el Auto de suspensión a doble efecto, recurso de súplica y Auto de 11 de noviembre de 1970: el artículo 125 resuelve el problema.—III. La corroboración de esta tesis por la doctrina (en especial, Tomás-Ramón Fernández) y la jurisprudencia.—IV. El criterio del único efecto de las apelaciones contra Autos (art. 93.1 LJ de 1956) en la jurisprudencia. La sustitución de la apelación por la casación por la Ley 10/1992. El conflicto abierto entre la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y el Tribunal Supremo sobre la interpretación del nuevo artículo 98.1. La interpretación correctora de los Autos de 11 de enero y 2 de diciembre de 1993 sobre el no efecto suspensivo de la casación; la reprimenda de este último a la actitud de resistencia de la Sala de Madrid.—V. El legislador de 1998 quiso justificar al Tribunal Supremo en ese conflicto. Absurdo de la admisión de una casación contra el Auto de ejecución provisional de las sentencias recurridas. El efecto pernicioso de ese conflicto sobre la casación de los autos resolutorios de medidas cautelares. La oportunidad del retorno a la interpretación del antiguo artículo 125, actual artículo 134 LJ.—VI. Toda esa vieja doctrina sobre el artículo 125 LJ de 1956 es aplicable exactamente al actual artículo 134. Más aún por la doctrina de la «interpretación conforme a la Constitución», dada la inserción en el derecho fundamental del artículo 24 de ésta del derecho a la tutela cautelar. La «acomodación» entre la Constitución (art. 5.3 LOPJ) y el artículo 134 demostrada concluyentemente con la práctica judicial anterior. La incompatibilidad absoluta entre medidas cautelares y aplazamiento de su efectividad durante varios años. La adición en el nuevo artículo 134 LJ de la exclusión del artículo 104.2, que hace inmediata la ejecución de la medida cautelar adoptada. Corroboración por el criterio de interpretación sistémica: el mismo régimen de la no suspensión de la medida cautelar lo dispone la LJ cuando ésta es acordada por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y por el Tribunal Supremo.—VII. Una nueva lectura de los preceptos de la LJ: el recurso de casación contra los autos que acuerden medidas cautelares no impide la ejecución provisional de éstas (art. 91.1) y el recurso de casación admisible contra esta ejecución no produce efectos suspensivos de la misma, según el mismo artículo 91.1.

## I

Con posterioridad al artículo que publiqué en el número 151 de esta REVISTA, *Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. ¿Tienen potestad*

*efectiva de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?*, págs. 251-277, he seguido reflexionando sobre uno de los problemas graves que allí planteaba y que se refleja en el propio título del trabajo: la circunstancia, verdaderamente sorprendente, de que los Autos acordando medidas cautelares dictados por los dos órganos colegiados citados en el título, titulares «de derecho común» de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ordinaria, cuando sean objeto de recurso de casación puedan resultar automáticamente suspendidos en su efectividad, efectividad que puede demorarse, consecuentemente, durante varios años, lo que les priva de cualquier eficacia.

Al preparar con Tomás-Ramón FERNÁNDEZ la nueva edición de nuestro *Curso de Derecho Administrativo* (10.<sup>a</sup> ed. del tomo I, 7.<sup>a</sup> ed. del tomo II), que hemos concluido en agosto de este año, nos planteamos de nuevo esta grave cuestión. Es mérito del otro coautor haber llamado la atención sobre el artículo 134.1 de la nueva LJ y sobre su identidad con el viejo artículo 125 de la LJ de 1956, sobre cuya base pudo afirmar la jurisprudencia producida durante su vigencia el mantenimiento de la eficacia de las medidas cautelares objeto de recurso de apelación o de casación contra las mismas, no obstante estos recursos.

He aquí los textos legales relevantes:

*Artículo 125 de la Ley Jurisdiccional de 1956:*

«Acordada por el Tribunal la suspensión, se lo participará a la Administración que hubiere dictado el acto o la disposición, siendo aplicable a la efectividad de la suspensión lo dispuesto en el Capítulo III de este Título.»  
(Ese Capítulo III del Título IV de la Ley regulaba la ejecución de sentencias, arts. 103 y ss.)

*Artículo 134.1 de la Ley Jurisdiccional de 1998:*

«El auto que acuerde la medida [cautelar] se comunicará al órgano administrativo correspondiente, siendo de aplicación lo dispuesto en el Capítulo IV del Título IV, salvo el artículo 104.2.»

Este último artículo, el 104.2, dispone que:

«Transcurridos dos meses a partir de la comunicación o el plazo fijado en ésta para el cumplimiento del fallo

conforme al artículo 71.1.c), cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar la ejecución forzosa.»

## II

Si hubiésemos de creer al importante banco de datos de jurisprudencia de la editorial Aranzadi, bajo el imperio de la Ley Jurisdiccional de 1956 el Tribunal Supremo no habría apoyado ni una sola de sus Sentencias y Autos sobre el artículo 125 de dicha Ley, aunque ello pueda resultar sorprendente (1). Pero con base en la memoria personal que yo mismo guardo de un caso en su tiempo famoso, creo que puede justificarse que no sólo ese banco de datos ha omitido, al menos (veremos que hay más), una resolución sumamente importante del Tribunal Supremo, sino que puede sostenerse que fue un hecho que dicho artículo 125 fue utilizado por las Salas de las Audiencias Territoriales para sostener que el recurso de apelación (más tarde casación) posible contra los Autos que acordasen cautelarmente la suspensión del acto administrativo objeto del recurso contencioso-administrativo no impedía la ejecución inmediata de la medida cautelar acordada.

Aludiré con detalle a ese caso que me tocó vivir como abogado, y que alcanzó entonces un gran eco en la opinión pública, el caso de las famosas *Torres de Colón*, situadas en la Plaza de Colón de Madrid. En 1966 se aprobó el Plan Especial de Ordenación de la Plaza de Colón, que integraba como espacio público el solar de la antigua Casa de la Moneda (actual Plaza de los Descubrimientos) y que, además, entre otras determinaciones, amplió también la embocadura de la calle de Génova, fijando nuevas posibilidades edificatorias en la zona sobre la base de la superficie de los solares y de un volumen máximo. Hubo un instrumento de «ordenación de volúmenes» sobre los dos solares integrados donde hoy están edificadas las Torres de Colón y posteriormente, en 1967, se solicitó licencia de construcción en dicho suelo sobre la base de un proyecto determinado, el cual se modificó de manera muy relevante en 1970, que es el que ha dado lugar a las Torres como actualmente existen. El cambio de proyecto constructivo, que mantenía todos los parámetros urbanísticos del Plan especial, estaba pendiente de legalizar, no obstante haberse desarro-

(1) En realidad, cita un Auto, producido sobre materia cautelar, el de 11 de abril de 1997, *Aranzadi* 1953. Pero dicho Auto se limita a una remisión global en su 2.º Considerando a «la medida judicial de suspensión de la ejecución de los actos administrativos sujetos a control jurisdiccional, que se regula en los artículos 122 a 126 de la LJ». Esa mención inespecífica, puesto que ni siquiera cita *nominatim* al artículo 125, es la que ha permitido al recopilador incluir como citado a este artículo. El Auto no se plantea ninguna cuestión de las reguladas por el precepto.

llado su ejecución en su parte sustancial, aunque había sido negociado previamente y estrechamente con los servicios municipales. Como consecuencia, al parecer, de un comentario crítico sobre la altura de las edificaciones que habría formulado (aunque sin otro carácter, probablemente, que el de un juicio estético) el Jefe del Estado de la época ante el Alcalde al pasar por sus inmediaciones, el Ayuntamiento de Madrid extremó su oficiosidad y se apresuró a denegar la licencia que estaba pendiente de legalizar; pero, además, y para responder a la observación indicada, que seguramente no tenía ese propósito, impuso ejecutoriamente la demolición de un supuesto exceso de altura de 9 metros de lo ya construido sobre lo que se entendía permisible (con una interpretación forzada de las Ordenanzas, pues el Plan Especial no fijaba otros parámetros que los de superficie ocupada y volumen), acuerdo al que se dio un gran eco público por parte de las autoridades municipales, presentándolo como un caso ejemplar de disciplina urbanística. La propiedad impugnó este acuerdo en vía contencioso-administrativa (luego de haber agotado una compleja vía administrativa) y solicitó, a la vez, como era natural, la suspensión inmediata de su eficacia. El problema básico era la orden de demolición de los supuestos 9 metros de exceso de altura. La orden de demolición, con intimación de desobediencia, no pudo ser ejecutada, como acreditaron varios informes técnicos, porque la demolición de los 9 metros superiores de los dos edificios *hubiese supuesto el desplome total de tales edificios*, dado que el cuerpo de éstos está colgado por cables, según la técnica constructiva empleada (por vez primera en España, por cierto) en este tipo de construcciones, de la cabeza superior del pilar central o «seta», construida con prioridad; los 9 metros eran justamente los que van desde la parte superior de esta «seta» al cuerpo de los respectivos edificios colgados de ella, como es fácil de observar ahora mismo (2). El Ayuntamiento no se arredró ante esta objeción y, no habiendo aún resuelto la Audiencia el incidente de suspensión, cuya existencia constaba perfectamente a la Corporación, ordenó a los bomberos municipales que destruyesen inmediatamente con sus medios ese supuesto exceso de altura. Sin embargo, esa destrucción no osaron realizarla porque los cuadros técnicos del Cuerpo de Bomberos comprobaron que, en efecto, la objeción técnica era cierta y que hubiese sido absurdo causar el hundimiento total de las dos torres, que, además de una muy grave destrucción patrimonial, hubiese supuesto un grave problema de orden

---

(2) La única variante identificable en este momento respecto de la construcción existente en el momento del litigio es la de la cubierta en plástico verde con dos pináculos que abraza a las dos torres y que se ha colocado recientemente como soporte de la escalera de emergencia o de incendios que se ha situado entre las dos torres para servicio de am-

público en el mismo centro de Madrid. La Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, finalmente, dictó un Auto de suspensión el 23 de octubre de 1970, por tratarse de un supuesto paradigmático de evitación de daños de imposible, o al menos muy difícil, reparación, que era el criterio establecido por el artículo 122 de la LJ entonces en vigor. Hay que decir que el Abogado del Estado, comparecido en los autos, no había tenido reparo en adherirse a la petición de suspensión por esa razón específica. La parte recurrente pidió inmediatamente la ejecución de esa medida suspensiva, y más aún ante el anuncio del Ayuntamiento ante los medios de comunicación de que ese Auto lo iba a apelar ante el Tribunal Supremo y que quedaría, por ello, sin aplicación al ser esa apelación a doble efecto, según se permitió comentar a la prensa el Gerente de Urbanismo. *La Sala admitió, en efecto, la apelación en ambos efectos.* Contra esta resolución, la empresa recurrente recurrió en súplica notando que la apelación sólo podía admitirse a un solo efecto (art. 93.1) y solicitando la inmediata ejecución de la suspensión acordada. Se notaba en este recurso de súplica que la LEC, de aplicación subsidiaria en la materia, ni siquiera admite apelación contra el otorgamiento de las medidas cautelares, sino sólo contra su denegación (art. 1403); la apelación del incidente de oposición al embargo sólo se admite a un efecto; la apelación contra el Auto que acuerda en vía contencioso-administrativa una medida cautelar, según el artículo 93.1 LJ, precisa este precepto «que no suspenderá la tramitación del procedimiento», lo que debe entenderse como una apelación a un solo efecto; por lo demás, otra cosa sería radicalmente contradictorio con el concepto mismo de medida cautelar. Y, finalmente, y aquí viene el tema que nos interesa, se invocaba con especial énfasis el artículo 125 LJ, cuyo texto ya conocemos, el cual, al remitir la efectividad de las medidas cautelares al capítulo III del propio Título, lo hace a «la ejecución de Sentencias firmes», lo que implicaba también la admisión de la apelación a un solo efecto.

La Sala de Madrid resolvió el incidente por *Auto de 11 de noviembre de 1970*, siendo Ponente del mismo don Paulino MARTÍN MARTÍN, acreditado Magistrado especialista de la jurisdicción, que concluiría su carrera judicial (aunque la continuase como Consejero de Cuentas del Tribunal de Cuentas, hasta hoy mismo) como Presidente de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo. Esta decisión (*Autos del recurso contencioso-administrativo 1200/70, Sala 2.ª de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, recurrente «Osinalde, S.A.»*) resulta capital a nuestros efectos. Aunque el Auto desestima la súplica manteniendo la pertinencia del doble efecto en la apelación en su primer considerando, el segundo, que es para nosotros el sustantivo, afirma lo siguiente:

«Que *no obstante lo expuesto* [esto es, la admisión de la apelación a doble efecto], es preciso afirmar que la suspensión de los acuerdos municipales decretada por el Auto apelado obedece a *la necesidad de garantizar desde el momento en que fue dado la eficacia de la Sentencia que en su día se dicte en el pleito principal, como medida cautelar, de acuerdo con su propia naturaleza; en base de la cual y en estas cuestiones es generalmente admitida la quiebra de la regla general consistente en que la ejecución de las resoluciones judiciales sólo puede ser estimada o entendida en función de su firmeza; y bien como hace la Ley de Enjuiciamiento Civil privando de recurso a tal resolución en materia de embargo preventivo o de aseguramiento de bienes litigiosos (arts. 1403 y 1421) y eso hacía el viejo artículo 187 del Reglamento de lo Contencioso-Administrativo; o, en su caso, admitiendo la apelación en ambos efectos después de ordenar practicar las actuaciones que para mantener o reponer al demandante en la posesión se hubieran acordado (materia interdicial: art. 1659). En esta misma línea, la norma imperativa contenida en el artículo 125 de la Ley de la Jurisdicción obliga al Tribunal a ordenar que una vez acordada la suspensión de un acuerdo municipal o administrativo en general se le participe a la Administración que lo hubiese dictado para que inmediatamente lo cumpla, resultando aplicables respecto a la efectividad de la suspensión decretada todas las normas que sobre ejecución de sentencia vienen establecidas en el Capítulo 3.º del Título IV de la Ley.»*

Esto es: la apelación se admitirá a ambos efectos, pero el artículo 125 ordena la ejecución inmediata del acuerdo de suspensión exactamente como se ejecutan las sentencias firmes. Así lo hizo la Sala en este caso, ordenando al Ayuntamiento el mantenimiento de la suspensión de la orden de demolición, lo que, en efecto, fue cumplido. Ahí siguen las Torres colgadas, en efecto, a escasos metros de las sedes de los dos Tribunales que las salvaron, como un monumento vivo —podríamos decir— a la efectividad del artículo 125 de la LJ de 1956, y también a la eficacia del Derecho y de la justicia en la lucha contra la arbitrariedad.

El Ayuntamiento de Madrid apeló este Auto ante la Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, la cual en su *Auto de 30 de junio de 1971 (Aranzadi 3880)* mantuvo íntegro el Auto de la Audiencia. Es, por cierto, la

primera decisión del Tribunal Supremo que conozco sobre este tema capital. Dice así, bajo ponencia de Enrique MEDINA, que ratificó íntegramente la lúcida interpretación de Paulino MARTÍN:

«CDO.: Que abundando en el mismo criterio y concretado 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 meras situaciones de hecho, definen por sí solas la procedencia de su ejecutoriedad y, en consecuencia, toda resolución judicial que contenga criterio 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.*»

Aunque este Considerando no utiliza el artículo 125 de la LJ de 1956, sí lo cita, no obstante, el Considerando anterior (a pesar de que no resulte de la base de datos de Aranzadi), al decir que

*«en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 125 de la tantas veces citada Ley de la Jurisdicción, el Tribunal de 1.º instancia debió en cumplimiento del mismo, participárselo [el Auto apelado] a la Administración demandada»,*

para que suspendiese, en efecto, la ejecución del acto impugnado, como, por lo demás, había hecho la Sala de Madrid, según sabemos.

El artículo 125 de la LJ de 1956 resolvía, pues, el problema de la efectividad de las medidas cautelares en los términos mejores posibles y esa efectividad ni resultaba, ni podía resultar, afectada por la interposición de cualquier recurso contra la resolución de primera instancia que las acordaba.

Veremos que no es la única decisión del Tribunal Supremo en el mismo sentido, ni aun en la cita del viejo artículo 125.

## III

La doctrina, por su parte, corroboró sin fisuras este importante criterio, que fue en definitiva el que se aplicó durante toda la vigencia de la LJ de 1956. Esto es muy importante. Al margen de que la apelación o la casación puedan ser admitidas a doble efecto, sobre lo cual hablaremos luego, esa regla específica del artículo 125 está ordenando la efectividad inmediata, como no puede ser menos, de la medida cautelar acordada por el Tribunal *a quo*, con todos los medios propios de la ejecución de Sentencias *firmes*; en otro caso, la medida cautelar desaparecería, pura y simplemente (3). Resultaría paradójico que una interpretación legal desvirtuase de manera absoluta la institución regulada en la Ley de que se trata, pues si ésta lo hubiese deseado así se hubiese ahorrado, simplemente, toda regulación.

Citemos en concreto, en el capítulo de la doctrina: el comentario de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ a la Ley Jurisdiccional anterior (4) o su *Manual* (5) y, de manera especial, el excelente estudio de Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento de las sentencias de los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo*, publicado en el número 73 de esta REVISTA, 1974, y que dedica un epígrafe al tema: "Efecto no suspensivo de la apelación de los autos de suspensión y peculiaridades de la ejecución de los mismos" (6). Este autor cita, además, en la tesis de ese epígrafe a F. PERA VERDAGUER, *Comentarios a la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa*, Barcelona, 1967 (7), libro que en su última y actual edición resume la doctrina de tres decisiones del Tribunal Supremo, una que ya conocemos, en el mismo sentido (8), y a

---

(3) Así ocurre, por cierto, en el contencioso-administrativo francés. Tras la reciente Ley de 30 de junio de 2000, «relativa al *référé* [medida cautelares] ante las jurisdicciones administrativas», a la que luego nos referiremos, un recentísimo Decreto (el número 2000-1115 de 22 de noviembre de 2000, en aplicación de la Ley citada y de modificación del Código de Justicia administrativa en su parte reglamentaria) dispone en el artículo R. 522.12 de dicho Código: «El auto produce efectos a partir del día en que la parte que debe conformarse al mismo reciba su notificación. Sin embargo, el juez de *référés* puede decidir que el auto será ejecutorio inmediatamente de su adopción» («Journal Officiel» del día 23 de noviembre de 2000). Es, pues, en el caso español, la del artículo 125 de la vieja LJ una regla perfectamente normal en el régimen procesal de las medidas cautelares.

(4) *Comentarios a la LICA*, 2.ª ed., Madrid, 1994, pág. 1229, aunque ya parte de la reforma de la LJ por la Ley 10/1992, que sustituyó la apelación por una casación.

(5) *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, 2.ª ed., pág. 607.

(6) El artículo, en págs. 151 y ss. del núm. 73 de esta REVISTA (1974); el desarrollo del epígrafe específico, en págs. 172 y ss.

(7) «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.»

(8) En la actual 6.ª edición de esta obra (Barcelona, 1998), ya referida a la Ley Juris-

TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, en sus beneméritos *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo*, de 1965 (9), que tan grande papel jugaron como interpretación autorizada para la aplicación de dicha Ley; en el tomo II de esta obra (10) afirman los autores que el efecto suspensivo de la apelación es consustancial en la apelación de sentencias, pero no en la de los autos, sobre la base del artículo 93.1. Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, después de razonar sobre el régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concluye por su parte su estudio diciendo:

«El régimen de 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 LJCA), cuya equivocidad inicial parece reducible por vía interpretativa en el sentido del carácter no suspensivo del recurso, según se ha visto, sino... en el artículo 125 de la propia Ley, según el cual [transcribe su texto]. 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 acto que lo acuerde sea firme, se remite a lo dispuesto para la ejecución de las sentencias firmes (Capítulo III del mismo Título III, arts. 103 y ss.) [cursiva del original].

*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*

---

diccional de 1998, PÉRA sigue manteniendo ese criterio y resume (resúmenes que no son transcripciones literales) pronunciamientos jurisprudenciales bastante explícitos en el mismo sentido, en algunos de los cuales, por cierto, el propio autor pudo participar directamente como Presidente que fue de la Sala 3.<sup>ª</sup> del Tribunal Supremo durante muchos años, cuyo criterio es imaginable que intente expresar. Así: *Auto de 17 de febrero de 1979 (Aranzadi 936)*: «Pueden adoptarse los acuerdos para que la suspensión no advenga estéril» (por cierto que este Auto, del que fue también ponente Paulino MARTÍN, cita también, con perdón de Aranzadi, el artículo 125 de la LJ); *Auto de 30 de noviembre de 1987 (Aranzadi 9326)*: «Todo acuerdo judicial de suspensión se hará efectivo desde el momento en que se dicte, pues de otro modo sería burlar el propio fundamento y finalidad de la norma»; en el texto literal del Auto se habla del «carácter de urgente cumplimiento de estas resoluciones» cautelares que «son inmediatamente ejecutorias». Igualmente, con la misma doctrina cita la *Sentencia de 30 de junio de 1971*, sobre las *Torres de Colón*, que ya conocemos.

(9) Madrid, Santillana, 1965.

(10) Págs. 374, 577 y 855.

*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»,*

que ya conocemos (el de las *Torres de Colón*) y cuyo texto transcribimos más atrás.

#### IV

Es un hecho que, al margen de la doctrina del famoso caso de las *Torres de Colón*, la jurisprudencia del Tribunal Supremo va a apoyarse otras veces para llegar a la misma conclusión en otro criterio distinto del artículo 125: el de que las apelaciones de los autos debía entenderse a un solo efecto, por la distinción entre el artículo 93.1 LJ de 1956 («los autos de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales en asuntos que conozcan en primera instancia serán apelables, pero la interposición del recurso no suspenderá la tramitación del procedimiento»), por contraste con el artículo 96.1 («la apelación contra las sentencias será en ambos efectos») (11).

(11) Es importante notar que el apartado 2 del mismo artículo 96 añadía: «No obstante, en cualquier momento posterior el interesado podrá solicitar la adopción de medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia». Esta posibilidad, así como la expresa admisión de plantear en la propia fase de apelación una medida cautelar *ex novo*, a que inmediatamente nos referiremos, fue eliminada rotundamente por la jurisprudencia posterior a la reforma de 1992, que sustituyó la apelación por la casación, como se sabe (reforma completamente desgraciada, a mi juicio). Desde su posición olímpica de Tribunal de casación, el Tribunal Supremo afirmó enseguida que en la fase de casación no podían solicitarse por las partes ni obtenerse de él medidas cautelares nuevas. Entendía así inaplicable el artículo 122.1 («la suspensión podrá pedirse en cualquier estado del proceso, en primera o segunda instancia»). Se hizo argumento de que la casación no es una segunda instancia —no lo será, evidentemente, por su contenido, pero evidentemente sí por su posición ordinal—, aunque en todo caso resulta difícil sostener que no sea un «estado del proceso» (ese argumento de la segunda instancia, por cierto, no vale ya respecto del artículo 129.1 de la actual LJ, que sólo dice que «los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas cautelares...», sin referencia ya a la segunda instancia, lo que es posible interpretar como una intención rectificativa del texto de la Ley anterior). Como muestra de esta posición cerrada del Tribunal Supremo a otorgar en casación medidas cautelares bastará la cita del *Auto de 20 de mayo de 1999* (Aranzadi 5010), que se refiere a una «reiterada doctrina de la Sala»: el recurrente había solicitado por Otrosí al interponer el recurso de casación una

Así, por ejemplo, aunque los Autos son numerosos, el de 15 de octubre de 1991 (*Aranzadi* 7838), Ponencia de ESTEBAN ALAMO, que utiliza, por cierto, el doble argumento del artículo 93 y del artículo 125 (¡otra omisión de la base de datos de *Aranzadi*!). El recurrente reprochaba a la decisión apelada haber admitido el recurso de apelación a

---

medida cautelar; el Auto le contesta: «Lo cierto es que la medida que se nos pide es improcedente en cuanto que opuesta a una reiterada doctrina de esta Sala sobre la no posibilidad de su adopción en sede de este recurso extraordinario de casación, en el que el ámbito de conocimiento atribuido al Tribunal no es el examen de nuevo, sin limitación alguna, de la totalidad de los aspectos fácticos y jurídicos de la cuestión planteada, sino el más limitado de enjuiciar, en la medida en que se denuncian a través de los motivos de casación, las hipotéticas infracciones jurídicas en que haya podido incurrir el órgano judicial a quo... Para decidir sobre la medida cautelar que se nos pide debería este Tribunal colocarse, no en la posición que le corresponde como órgano de casación, y sí en la misma posición en que hubo de colocarse la Sala de instancia al denegar la cautela». Todo eso será muy pura doctrina procesal, pero, con todo respeto, queda al margen por completo del principio de «tutela judicial efectiva», que para el recurrente es la base constitucional de su posición, agravada, en la hipótesis de que la medida cautelar hubiese sido procedente, por los largos años de espera (¡seis, ocho, diez!) que el Tribunal Supremo tarda en resolver las casaciones, y ello en beneficio de una Administración que, por hipótesis en el caso de recurso fundado, ha abusado de su privilegio de autotutela. También tras la reforma de 1992 el Tribunal Supremo comenzó a decir que las medidas cautelares otorgadas por los Tribunales Superiores de Justicia o por la Audiencia Nacional perdían su eficacia en cuanto esos órganos dictasen Sentencia de fondo («se subsumen» en ésta, suele decir, concepto que debo decir que se me escapa), y ello tanto si esa Sentencia quedase firme (lo cual sí tiene sentido, pues entonces lo procedente, en la hipótesis de fallo estimatorio, es instar la ejecución de la Sentencia), bien si no ganase firmeza, por ser objeto de recurso de casación, y ello aunque la sentencia hubiese estimado el recurso principal. En este caso se entendía que desaparecía la medida cautelar y que únicamente por la vía de la ejecución provisional y anticipada de la Sentencia podrían obtenerse análogos efectos. La jurisprudencia es numerosa (Sentencia de 23 de septiembre y 21 de noviembre de 1995, 27 de junio y 16 de octubre de 1996, 18 de febrero de 2000, Auto de 9 de julio de 1998, etc.). Advertimos que en esa LJ de 1956-92 no se contemplaba la ejecución provisional de sentencias, que había que fundamentar en el valor subsidiario de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la jurisprudencia contencioso-administrativa, como veremos, es verdad que había admitido en este extremo desde 1993 (hasta entonces, aunque hay alguna decisión aislada que lo admitía, podía haber duda legítima sobre si las peculiaridades de la ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo consentían una ejecución provisional de tales sentencias). La solución alternativa dista de ser inocua, puesto que la ejecución provisional de la Sentencia es un nuevo incidente, que hay que tramitar y cuya resolución final puede llevar tiempo obtener, dentro del cual la Administración con una Sentencia contraria, aunque no firme, podrá operar con desembarazo en contra del recurrente al haber perdido su efectividad, según esa jurisprudencia, la medida cautelar que le había protegido en la primera instancia. En cualquier caso, como sabemos, la misma ejecución provisional es ahora susceptible de recurso de casación en la LJ de 1998 —art. 87.1.d); recurso disparatado, si los hay—, al que algunos pretenden reconocer también efectos suspensivos (sobre esto trataremos luego), lo cual hace que no resulte, ni mucho menos inocente la sustitución de una técnica por otra; simplemente, toda posibilidad de paralizar la actuación de la Administración aun cuando haya sido ya condenada por la Sentencia inferior y aun cuando ya hubiese sido paralizada en esa fase procesal anterior por una medida cautelar, desaparecería por arte de magia («se subsume») por la mera interposición del recurso de casación, cuya extraña virtud de hacer recuperar el privilegio de la autotutela de la Administración, ya más que sospecha en su actuación, resulta difícil de entender y más teniendo en cuenta que la fase de casación suele ser bastante más larga que la de instancia. Hay que decir rotundamente que esa supesta caducidad de la medida cautelar por el hecho de la casación es hoy frontalmente opuesta a la regla del artículo 132.1 de la LJ de 1998, que establece, sin el menor equívoco, que «las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que

un solo efecto, entendiendo que debía haberlo sido a doble efecto. Contesta el Tribunal Supremo:

«El auto de suspensión sigue el régimen general establecido en el artículo 93 LJ, que señala para los autos la admisión de la apelación un solo efecto, en tanto que el artículo 96, que se refiere a las sentencias, establece como norma general la apelación de la misma en ambos efectos. De la conjugación de los artículos 122 y 125 LJ no parece haber duda posible que la apelación de un auto de suspensión no debe producir efectos suspensivos, porque iría en contra de la naturaleza y finalidad de la suspensión, que habrá de hacerse efectiva desde el momento en que se dicte, comunicándose a la Administración que proceda [a suspender] el acto, con la efectividad análoga a la ejecución de sentencia»,

con referencia clara a dicho artículo 125 citado antes, como se ha visto, por el propio Auto.

Abundan los Autos del Tribunal Supremo, que no tiene ya gran interés recordar, que se apoyan simplemente en el artículo 93.1 para concluir que la apelación de los autos de suspensión sólo podía entenderse a un solo efecto.

Sin embargo, toda esta doctrina va a hacer crisis con ocasión de la sustitución de la apelación por la casación en la reforma de la LJ por la Ley 10/1992, de 30 de abril. Reforma, a mi juicio, en este punto desgraciada y que, además, como vamos a ver y ya hemos avanzado *supra*, nota 11, va a resultar fatal, incomprensiblemente, para

---

ponga fin al procedimiento», que entiendo que obligará a rectificar esa jurisprudencia. No existe, por cierto, tan extraña regla en el contencioso francés (y supongo que en ningún otro), siquiera sea porque en él el principio general es el del carácter *no suspensivo de autos y sentencias inferiores recurridas ante el Consejo de Estado* (vid. *infra*, nota 12). La novísima Ley número 2000-597, de 30 de junio de 2000 («Ley relativa al *référé* [medidas cautelares y provisionales] ante la jurisdicción administrativa»), a que ya he aludido, prevé expresamente poderes propios de *référé* en el Consejo de Estado, que atribuye, según el sistema de juez unipersonal para estas medidas, en su artículo 3 (nueva redacción del Art. L-511-2 del *Code de justice administrative*) al Presidente de Sección o a los Consejeros de Estado a quienes él designe a estos efectos. De este modo, nuestro Tribunal Supremo parece haber querido guardar una cierta distancia con todo el tema de la tutela cautelar, fuera de sus pronunciamientos cuando resuelve recursos de casación contra la misma o cuando actúa en única instancia contra los actos del Gobierno y órganos constitucionales.

Hay que decir que antes de la reforma de 1992 una jurisprudencia lúcida, aunque reducida, aun sin citar el artículo 96.2 LJ que permitía llegar al mismo resultado, había sostenido que el recurrido, pendiente de apelación, tenía un virtual derecho a obtener medidas cautelares en su favor cuando la sentencia de instancia le hubiese sido favorable, *al resultar patente, por una Sentencia de fondo ya producida, su «fumus boni iuris»*, lo que equivalía a una verdaderamente efectiva ejecución provisional de la Sentencia.

todo el tema de las medidas cautelares. El nuevo artículo 98.1 dice ahora, en forma parecida a lo que establecía para la apelación de los autos el artículo 93.1 del texto de 1956, que «la preparación del recurso de casación *no impedirá la ejecución de la resolución recurrida*», todo recurso de casación ahora y no sólo el referente a los autos; a estos efectos, el párrafo 2 del mismo artículo 98 dispone: «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*».

Durante un primer momento esta regla se entendió que determinaba que el recurso de casación se admitía a un solo efecto y que por ello no impedía la ejecución del fallo (tanto de las Sentencias como de los Autos) del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Nacional que eran objeto de dicho recurso. Pero esta interpretación, que pareció obvia a las Salas de estos Tribunales, fue contradicha en dos casos famosos, uno al menos referente a la reversión de los bienes expropiados a «Rumasa», dando lugar incluso a una confrontación, no exenta de dureza, entre el Pleno de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y la Sala 3.<sup>ª</sup> del Tribunal Supremo. La primera decisión es el *Auto del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1993* (Aranzadi 4795; no figura el Ponente, pero creo recordar que fue P. GARCÍA MANZANO), cuya doctrina será confirmada por otro segundo Auto, el de 2 de diciembre de 1993 (Aranzadi de 1994, 3298), Ponencia de SÁNCHEZ ANDRADE. Se produce aquí un giro radical de la jurisprudencia. Puede decirse que la doctrina de estos dos Autos, que enseguida (quizá por el hecho mismo de la aludida confrontación) pasó a ser general, es, en realidad, una reescritura del texto del artículo 98.1, una corrección de su texto más que una interpretación verdadera, un juicio sobre lo que el legislador debió decir más que sobre lo que, efectivamente, había dicho, juicio que, por lo demás, hay que decir que no es irrazonable en sí mismo en un plano abstracto. Consistió en entender que el artículo 98.1 habilitaba, simplemente, a que la parte recurrida instase la ejecución provisional de la Sentencia. El primer Auto reconoce que la «interpretación atendida al texto literal» daba la razón al Tribunal Superior de Madrid, que había ordenado la ejecución de su Sentencia al admitir el recurso de casación del Abogado del Estado contra la misma. Pero el Tribunal Supremo se inclina por una interpretación «más matizada», según la cual «no nos hallamos ante ejecución definitiva, de carácter preceptivo o automático para el Tribunal *a quo*», sino ante la posibilidad de adoptar a petición de parte «medidas de ejecución provisional». Esto lo deduce el Auto de la naturaleza de la casación:

«El recurso de casación que se introduce o, por mejor decir, se articula por la Ley 10/1992, no es un recurso de casación distinto al de este nombre que, como medio impugnatorio de resoluciones judiciales... nuestro Ordenamiento procesal venía reconociendo en los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social. La casación contencioso-administrativa es, pues, un recurso de la misma naturaleza y regido por los mismos principios básicos que la casación en las demás jurisdicciones. De aquí deriva que, como peculiaridad que le diversifica del regulado en Ordenamientos foráneos, se trata de recurso de doble efecto, no sólo devolutivo sino también suspensivo... Quiere decirse, por tanto, que la sentencia impugnada en casación no es sentencia firme y sólo respecto de éstas se halla prevista la ejecución definitiva y automática, según resulta del artículo 117.3 de la Constitución (12), artículo 919 de la LEC y 104 y ss. LJ,

---

(12) Probablemente, debe querer decir 118 («Es obligado cumplir las *sentencias y demás resoluciones firmes* de los Jueces y Tribunales»), puesto que el artículo 117.3 se limita a precisar que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales», remitiendo a las «normas de competencia y procedimiento». Hay, en la cita de la Constitución, una clara insinuación de que se está haciendo una «interpretación conforme a la Constitución» del artículo 98.1 LJ; en otros términos, que la interpretación que hacía la Sala de Madrid era inconstitucional. Hay que decir que esta idea se recoge ya con toda explicitud en el Auto de 2 de diciembre de 1993, a que inmediatamente nos referiremos, para el cual este Auto de 11 de enero de 1993 «refleja y explica cómo las normas que pautan la ejecución de las sentencias de lo contencioso-administrativo, interpretadas conforme a los principios que consagra nuestra Ley Fundamental»... Esto, evidentemente, no es en absoluto de recibo. El legislador no violaba ninguna norma constitucional si hubiese decidido que la casación en el orden contencioso-administrativo tuviese un solo efecto (como es lo más probable que haya pretendido), cuestión de legislación ordinaria pura. Sería absurdo pretender —aunque no lo haga, desde luego, el Auto que se transcribe— que la admisión a un solo efecto de cualquier recurso procesal resulte inconstitucional por contrario al artículo 118 (o 117.3) de la Constitución o, incluso ahora, tras la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, con el nuevo y privilegiado régimen de la ejecución provisional de sentencias, automática («solicitada la ejecución provisional, el tribunal la despachará»: art. 527.3), y «sin simultánea prestación de caución» (art. 526), régimen parecido al que resultaba del texto del antiguo artículo 98.1 LJ reformado por la Ley 10/1992. Conviene recordar que en el contencioso francés, padre del sistema de justicia administrativa, *ningún recurso contra Autos y Sentencias* ante los órganos jurisdiccionales superiores *tiene efecto suspensivo*, incluso la apelación y la casación ante el Consejo de Estado (Ch. DEBBASCH y J. C. RICCI, *Contentieux administratif*, 6.<sup>o</sup> ed., París, 1994, págs. 383 y ss.; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 7.<sup>o</sup> ed., París, 1998, págs. 963 y ss.); ningún jurista francés ha visto nunca en esta regla tradicional ninguna merma de garantías, ni postulado su rectificación. Veremos más adelante que donde el principio de interpretación conforme a la Constitución juega es precisamente en favor de la efectividad inmediata de las medidas cautelares, dada la doctrina del Tribunal Constitucional de incluir en el artículo 24.1 de la Constitución (derecho a obtener tutela judicial efectiva, sin dilaciones indebidas) el derecho de los ciudadanos a obtener tutela cautelar, como expuse ya en mi artículo *Observaciones sobre la tutela cautelar*, cit., núm. 151 de esta REVISTA. Baste citar ahora las Sentencias constitucionales 78/1996, de 20 de mayo; 148/1993, de 29 de abril; 238/1992, 14/1992, 237/1991, 66/1984, etc.

precepto aún vigente... Acudiendo a la normatividad inmanente a la naturaleza de las instituciones, la ejecución que de dicha sentencia no firme puede acordarse será, como en el proceso civil que ha servido de modelo, la denominada ejecución provisional o anticipada, regulada para la casación por los artículos 1722 y 1723 LEC, en relación con el artículo 385 de la propia Ley (redacción de la Ley 34/1984)»,

lo que requiere petición de parte, caución adecuada y ponderación por parte del Tribunal, nada de lo cual se habría producido en el caso de autos.

Esta doctrina se ratifica, como ya dije, por el *Auto de 2 de diciembre de 1993*. Este se enfrenta ya con la protesta formal que contra esa interpretación del Auto anterior (y aun contra el procedimiento mismo de su adopción, cuando la decisión ejecutoria de la Sala no había sido objeto de recurso alguno por parte del Abogado del Estado, sino sólo de una petición atípica por medio de un *Otrosí* en su personación ante el Tribunal Supremo directamente) había formulado el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Madrid. Por eso este segundo Auto, remitiendo al anterior de 11 de enero de 1993, dice que en los fundamentos de Derecho de éste

«se encuentra una adecuada respuesta a las alegaciones que aduce en la exposición que hace la Sección 2.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en apoyo de lo que entiende abona su competencia para conocer de todas las incidencias que surjan de la ejecución antes citada».

Resume esos Fundamentos, que dice guiados, además de por la Constitución, como ya hemos notado (*supra*, nota 12),

«por el buen sentido y por los antecedentes históricos y legislativos del recurso de casación».

Contradice otras afirmaciones de la Sala de Madrid, que tilda de «inexactitudes» y de «contener afirmaciones desafortunadas», incluso de

«*conclusiones reprobables*, en cuanto se producen en términos que *no observan el miramiento y consideración*»

*que en el orden judicial se debe guardar a todo superior jerárquico, máxime cuando, como en el presente caso, éste encarna el Órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales».*

La doctrina, consolidada quizás por el hecho de esta incidencia poco común, esto es, por tanto, por razones propiamente no procesales, se hizo así definitiva: Autos de 13 de diciembre de 1989 (*Aranzadi* 9405), 7 de octubre (*Aranzadi* 7330) y 20 de diciembre de 1996 (*Aranzadi* 9171), 19 de junio de 1997 (*Aranzadi* 5447), etc.

## V

Estas, me parece, han sido las razones, algunas, como se ha visto, bastante ocasionales, que llevaron al texto de la LJ de 1998 la extraña regla de que puedan ser objeto de recurso de casación los autos dictados en el caso de ejecución provisional de las sentencias impugnadas ya por la misma vía —art. 87.1.d)—, aunque veremos que expresamente el artículo 91.1, lejos de proclamar el efecto suspensivo de la casación en este caso, expresamente declara que la preparación del recurso de casación «no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida», esto es, que esta ejecución provisional debe mantenerse en su efectividad, aunque sea directamente objeto de recurso de casación. Sobre esta cuestión hablaremos luego más despacio. En el viejo conflicto entre los dos grados jurisdiccionales, el legislador se puso resueltamente al lado del más alto, del Tribunal Supremo, aunque la salvedad del artículo 91.1 permite, al menos, salvar algo importante, la ejecución provisional, como luego veremos.

Pero el nuevo artículo 87, que enumera los autos susceptibles de recurso de casación y que toma del artículo 94.1.b) de la LJ de 1956-1992, sigue incluyendo ahora también entre los que pueden ser objeto del mismo —apartado b)— los autos «que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares». Parece no haber introducido novedad alguna, pero al no existir ya la regla del único efecto de los recursos contra los autos que proclamaba el artículo 93.1 de la LJ de 1956, ni el —por lo menos equívoco— principio del artículo 98.1 de la reforma de 1992, que proclamaba que el recurso de casación «no impedirá la ejecución de la resolución recurrida», parecería que no hay ya manera de justificar que esa impugnación en casación del auto de medidas cautelares carezca de efecto suspensivo.

Es aquí, justamente, me parece, cuando recobra toda su fuerza la doctrina Paulino MARTÍN o *Torres de Colón* sancionada por varios autos del Tribunal Supremo, como hemos podido ver pormenorizadamente más atrás, así como por doctrina autorizada, que, aun admitiendo el efecto normal a doble efecto del recurso superior, ponía en primera fila de la argumentación el viejo artículo 125 de la LJ de 1956, específicamente referido a la efectividad inmediata de las medidas cautelares, artículo que ha pasado, con la nueva numeración de artículo 134.1, a la LJ de 1998, cuyo texto ya conocemos. *El artículo 134.1 de la nueva LJ es exactamente el artículo 125 de la LJ de 1956.* «La normatividad inmanente a la naturaleza de las instituciones», en los términos perdurables de la Exposición de Motivos de 1956, invocados por el capital Auto del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1993, «el buen sentido y los antecedentes legislativos», también alegados por el Auto de 2 de diciembre de 1993, como hemos visto más atrás, más aún, como veremos, la regla de la interpretación de las Leyes conforme a la Constitución (ahora sí) tal como ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional, el principio interpretativo general que prohíbe llegar a soluciones absurdas (una medida cautelar que necesitase varios años de sucesivos análisis judiciales superpuestos para ser efectiva, que conduce a paralizar lo que el Tribunal *a quo* juzgó inaplazable), todas esas razones y aún alguna más, que todavía diremos, obligan, me parece, a *ese retorno a la situación existente antes de la reforma legal de 1992*, en que durante casi cuarenta años fue perfectamente apodíctico que las medidas cautelares, como exige su propia naturaleza, eran inmediatamente ejecutorias, sin que los recursos, fuesen cuales fuesen, nunca tuviesen fuerza alguna para suspender esa efectividad inmediata y obligada.

Es ahora, pues, el momento de destacar la regla del artículo 134 LJ, que presta a esa exigencia un respaldo suficiente y contrastado.

## VI

Toda la doctrina jurisprudencial que ya conocemos (Autos del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1971, 17 de febrero de 1979 y 15 de enero de 1991 y los reseñados y resumidos por PERA VERDAGUER, nota 8, *supra*) sobre el sentido del artículo 125 de la vieja LJ para restituir a las medidas cautelares su efectividad no obstante la impugnación de las mismas, efectividad en la que se resume toda su función y su naturaleza, resulta, como bien se comprende, perfectamente aplicable al actual artículo 134 de la nueva LJ de 1998. Sus

términos son sustancialmente idénticos; no habría la menor razón para poder alterar de manera radical su interpretación y aplicación.

Más aún: *hay razones nuevas mucho más fuertes que las que jugaron en 1970, cuando la doctrina sobre el artículo 125 se impuso a la supuesta regla general del doble efecto como consecuencia de toda apelación. Estas razones son, como bien se comprende, las constitucionales.* En este momento contamos con una doctrina firme del Tribunal Constitucional que incluye con resolución el derecho a una tutela cautelar en el artículo 24.1 de la Constitución, esto es, en el derecho a una tutela judicial efectiva sin dilaciones indebidas (Sentencias constitucionales citadas en la nota 12, *supra*). Como en mi artículo anterior en el número 151 de esta REVISTA creo haber probado, una interpretación rígida sobre el efecto suspensivo absoluto de los recursos de casación contra autos «que pongan término a la pieza separada de suspensión» —art. 94.1.b)— es manifiestamente contraria, incluso groseramente opuesta, a esa naturaleza constitucional de las medidas cautelares, declarada inequívocamente por el Tribunal Constitucional. Es también un caso paradigmático de «dilación indebida», manifiestamente, el tener que esperar varios años a que una medida cautelar pueda tener efectividad, cuando ya lo normal será que la nueva situación no lo permita siquiera. Es, en resolución, *una destrucción pura y simple del derecho fundamental a la tutela cautelar*, sobre la simple base del juego convencional de algunos preceptos — en tanto que se olvida sistemáticamente el que es específicamente aplicable, el artículo 134.

Ahora bien, existe una regla fundamental en nuestro Derecho que consagra el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, según la cual «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». No es posible, pues, una interpretación de una ley, de cualquier ley, en contradicción con la Constitución, tal como la ha entendido su «intérprete supremo», el Tribunal Constitucional, de modo que «cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional» el juez o Tribunal se abstendrán de aplicar dicha norma y «procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad» (art. 5.3 de la propia Ley Orgánica). En el caso que nos ocupa, por una parte, en cumplimiento de ese básico criterio interpretativo, es manifiesto que resulta perfectamente posible tal «acomodación» a la Constitución, como ha demostrado de manera incontrovertible la práctica procesal

uniforme de más de treinta años de aplicación de la anterior LJ, cuyo régimen era en este punto perfectamente idéntico al que resulta de la LJ de 1998. Esa acomodación parte de la necesidad imperativa de dar algún sentido al explícito artículo 134 de la LJ actual, sentido que igualmente resulta forzoso si se atiende a la naturaleza y función de las medidas cautelares en su propia sustancia, que son *absolutamente incompatibles* con la intermediación entre la decisión judicial positiva en favor de las mismas y su efectividad práctica de recursos suspensivos con varios años, normalmente, de tramitación.

Por otra parte, el nuevo artículo 134 añade algo nuevo y sumamente importante respecto al anterior artículo 125: que se aplica todo el régimen de ejecución de Sentencias «salvo el artículo 104.2». Este precepto que tan expresamente se excluye da una especie de «plazo de gracia» de dos meses a la Administración desde la comunicación de la sentencia para que las partes puedan «instar la ejecución» forzosa de la sentencia; aquí, en materia cautelar, *no hay plazo de gracia alguno y la ejecución forzosa puede ser instada (y acordada por el Tribunal a quo), por tanto, de inmediato por imperativo de ese precepto explícito. La nueva LJ, pues, no sólo no ha rectificado lo que decía el antiguo artículo 125: lo ha reforzado, lo ha hecho más inequívoco, categórico, efectivo* (13).

La solución de postular el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 87.1.b) y d) LJ, con su consiguiente inaplicación, o contra la regla del carácter suspensivo de la casación en estos supuestos, que viene a resultar del artículo 91.1, se comprende que no es ninguna solución práctica, sino que equivale a postular un bloqueo total de la justicia contencioso-administrativa en esta importante materia durante normalmente ocho o diez años, que son los que el Tribunal Constitucional tardará normalmente en resolver dicha cuestión (14). La solución, tanto teórica como práctica, está, pues, en destacar la efectividad de ese venturoso artículo 134 y darle un significado sustantivo, como durante tantos años se dio por la jurisprudencia y la doctrina al anterior artículo 125 de la LJ de 1956, significado que o bien enerva en materia de medidas cautelares el doble efecto normal de las casaciones (resultará interesante contrastar estas cuestiones con las nuevas reglas de los arts.

---

(13) Resaltan esta particularidad importante SALA-XIOL-FERNÁNDEZ MONTALVO, en *Práctica procesal contencioso-administrativa*, tomo IX, Barcelona, 1999, pág. 627.

(14) La enorme duración de las cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional ha hecho prácticamente inaplicable esta técnica de depuración del ordenamiento. Tribunales y abogados suelen excluir como posibilidad práctica la oportunidad de plantear tales cuestiones. En la práctica, cuando la inconstitucionalidad es más chirriante, suele ser el legislador y no el Tribunal Constitucional el que se encarga de resolverla. Es uno más de los aspectos menos satisfactorios de nuestra justicia constitucional.

456, 526 y correlativos de la LEC de 2000), permitiendo una ejecución inmediata de los Autos recurridos, que es la solución Paulino MARTÍN, como hemos visto, o bien impone la negación pura y simple del efecto suspensivo de la resolución recurrida, solución más simple y efectiva, como terminó viendo el Tribunal Supremo, a fin de evitar cualquier ambigüedad.

Finalmente, es de razón también destacar que hay otro principio interpretativo aducible en favor de la solución que propugnamos y es la regla de la interpretación sistemática. En efecto, *tal solución es la misma que la IJ establece para todos los demás recursos en materia de medidas cautelares*, el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia cuando la medida ha sido adoptada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo —art. 80.1.a): «son apelables en un solo efecto los autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo en procesos en que conozcan en primera instancia en los siguientes casos: a) Los que pongan término a la pieza separada de medidas cautelares»—, o bien por el Tribunal Supremo (supuesto en el cual sólo podrá impugnarse el Auto respectivo por la vía del recurso de súplica, «sin perjuicio del cual se llevará a efecto la resolución impugnada, salvo que el órgano jurisdiccional de oficio o a instancia de parte acuerde lo contrario», dispone el artículo 79.1; recordemos que el Tribunal Supremo es competente para acordar medidas cautelares en los asuntos en que conoce en única instancia y, si, como es deseable, rectificase su jurisprudencia actual, que ya sabemos que es negativa, también cuando está conociendo en casación, por aplicación del artículo 129.1 LJ: «en cualquier estado del proceso», así como de las exigencias de justicia comunes que la institución cautelar atiende). Sería gravemente asistemático que en la propia Ley pudiera deducirse un régimen contrario cuando las medidas adoptadas sean adoptadas precisamente por los *órganos ordinarios* y más autorizados de la Jurisdicción, las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional; no se alcanzaría a ver fácilmente cuál podría ser la razón de tal diferencia en el seno de la misma Ley, que expresaría una incomprensible desconfianza hacia los mismos, como en mi anterior artículo expuse con énfasis.

## VII

Una vez establecido el efecto sustantivo que ha de reconocerse necesariamente al artículo 134.1 LJ en el problema que nos ocupa, pue-

de resultar útil intentar una nueva lectura de los preceptos directamente relativos a la casación en la LJ de 1998. Dos preceptos son a este respecto relevantes, en cuanto se trata de la impugnación de medidas cautelares. Por una parte, como ya notamos, el artículo 132.1 dispone que «las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado». Esta regla, que podría discutirse por otras razones (15), tiene la virtud de que, dada la situación de la jurisprudencia (*supra*, nota 11), no es menor, de impedir de forma radical que, contra lo que había declarado esa jurisprudencia sobre la LJ anterior, pueda entenderse ahora que la interposición de un recurso de casación contra la Sentencia de fondo haga caducar sin más la medida cautelar decidida en primera instancia por el Tribunal inferior; y ello aunque esta sentencia sea desestimatoria del recurso. No es vana cosecha.

Por otra parte, entiendo que cabe una interpretación *uti valeat*, o buscando su efecto útil, contra la demasiado rígida que hice en mi anterior artículo *Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva LJ*, apartado V, a propósito de la nueva regulación de los efectos de la casación contra los autos de medidas cautelares y contra los que deciden sobre la ejecución provisional de las sentencias impugnadas. El artículo 91.1 establece, como ya sabemos, que «la preparación del recurso de casación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida». Evidentemente, esto presupone el efecto suspensivo de la casación, pero también que tal suspensión deja abierta de forma expresa la ejecución provisional de la resolución recurrida. En la hipótesis de la casación contra un auto que acuerde medidas cautelares, habrá que entender que el efecto suspensivo se produce, pues, y ello es de lamentar, aunque con la importantísima reserva que resulta de la puesta en primer término del artículo 134.1, *lex specialis* de las medidas cautelares, frente a la norma general del artículo 91.1, artículo aquel sobre cuya efectividad ya hemos hablado extensamente. Pero es evidente que, al margen de esa «reserva oro», de tan sustantivo valor, el beneficiario del auto de medidas cautelares podrá pedir inmediatamente (el recurso de casación se habrá preparado a los diez días de dicho auto) su ejecución provisional. Lo normal será que esta ejecución provisional sea inmediatamente acordada por la Sala que acaba de dictar el auto recurrido y que ha apreciado, por tanto, la urgencia o *periculum in mora* de la situación con que la medida cautelar se enfrenta, y mucho más si se sigue el criterio de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, que hace preceptivo, justamente, el otorgamiento de dicha ejecución (art.

(15) Vid. mi anterior artículo *Observaciones sobre la tutela cautelar*, cit., pág. 275.

527.3: «Solicitada la ejecución provisional, *el tribunal la despachará*»), incluso sin caución (art. 526). Esta decisión de ejecución provisional de la medida cautelar recurrida salvará toda la situación, normalmente.

Convendrá también precisar que durante el tiempo en que se tramite el incidente de ejecución provisional la Administración no recuperará su poder de autotutela, limitado o reducido por la medida cautelar; y ello por dos razones. La primera, por el artículo 134, que, como sabemos, excluye expresamente cualquier plazo de gracia (exclusión del art. 104.2) para la efectividad y eventual ejecución forzosa de la medida cautelar una vez adoptada. La segunda, porque resulta aquí aplicable la técnica de las medidas provisionalísimas impuesta, como una exigencia del artículo 24 de la Constitución, por la capital Sentencia constitucional 78/1996, de 20 de mayo, según la cual «es lógico entender que mientras se toma aquella decisión [de suspensión de la ejecución de los actos recurridos] no pueda impedirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en juez. Los obstáculos insalvables a esta fiscalización lesionan, por tanto, el derecho a la tutela judicial y justifican que, desde el artículo 24.1 de la Constitución se reinterpreten los preceptos aplicables, como también dijimos en la Sentencia constitucional 66/1984». Si el Tribunal Constitucional, esto es, la Constitución, prohíbe a la Administración ejecutar el acto administrativo recurrido una vez que se ha pedido su suspensión (u otra medida cautelar) y antes de que esta petición se resuelva, mucho más el argumento resulta aplicable cuando la medida cautelar ya se ha acordado y está pendiente el acuerdo de su ejecución provisional. La conclusión es muy importante para evitar el riesgo de la defraudación de la medida cautelar acordada mientras no se acuerde su ejecución provisional como consecuencia de su impugnación en casación, robusteciendo así definitivamente la misma conclusión que se obtiene por la vía del artículo 134. *Esto resulta muy importante en el orden práctico.*

Resta sólo un eventual elemento de imperfección, y es que la ejecución provisional exige valorar, precisa el artículo 91.2, que de ella no puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza y que la misma podrá ser condicionada a la prestación de una caución. Pero resulta que esa apreciación de perjuicios («de reparación imposible o difícil», decía la vieja LJ) no es ya el criterio de otorgamiento de una medida cautelar, que sólo exige hoy que la ejecución administrativa contra la que se va «pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso» (art. 130.1). En otros términos: la existencia de perjuicios de reparación imposible o difícil, que hoy no es exigida para acordar medidas cautelares, podría, sin embargo, hacer hipotéticamente po-

sible que, en caso de recurso de casación, impida su ejecución provisional si la medida ha sido impugnada por esa vía. Es una hipótesis bastante teórica, pero no imposible, y mucho más tras el expeditivo régimen de ejecución provisional de resoluciones recurridas que ha instaurado la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que ya sabemos que excusa todas esas condiciones y la hace obligatoria para el juez (art. 527.3: «Solicitada la ejecución provisional, el tribunal la despachará»). Aquí el artículo 134 resultaría plenamente operativo por sí solo para lo que importa, no frustrar la efectividad de la medida cautelar. Resulta, en todo caso, difícilmente imaginable en el orden práctico que la Sala que ha otorgado la medida cautelar le niegue luego su ejecución provisional y más tras la nueva LEC. La caución, por otra parte, que es posible exigir para acordar esa ejecución provisional, artículo 91.2 (está excusada en el régimen ordinario de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 526), no es preceptiva y, además, ha de entenderse que queda subsumida en la posible caución que, según el artículo 133, puede condicionar la eficacia de la medida cautelar. No habría ninguna razón para imponer una doble caución en caso de ejecución provisional, como bien se comprende, o de entender que esta última pueda exigirse si se ha entendido lo contrario en el momento de otorgar la medida cautelar.

Y resta el tema de la absurda admisión de un recurso de casación contra el auto que acuerde la ejecución provisional, artículo 87.1.d). En mi anterior trabajo daba por supuesto que esta casación produciría efecto suspensivo, según la regla general, y así lo entienden otros autores (16). Pero, con la mayor reflexión a que me ha forzado el presente trabajo, entiendo ahora que ese efecto suspensivo está justamente excluido, de manera directa e inequívoca, por el artículo 91.1 («la preparación del recurso de casación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida»). He aquí, pues, que la casación del artículo 87.1.d) no produce efecto suspensivo, por explícita determinación legal, y porque lo contrario resultaría definitivamente absurdo, más aún, destructivo de la propia medida de ejecución provisional, que se acuerda a la vista de un recurso de casación pendiente.

Así, pues, no sólo el artículo 134 impedirá negar toda efectividad

---

(16) Así, I. MARTÍNEZ DE PISÓN, *La ejecución provisional de las sentencias en lo contencioso-administrativo*, Cuadernos Civitas, 1999, págs. 170 (aunque lo critica «perdiendo la institución todo su sentido»); Antonio Alfonso PÉREZ ANDRÉS, *Los efectos de las Sentencias de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Pamplona, 2000, pág. 78. El argumento es siempre que la casación se admite a ambos efectos. La réplica es sencilla: tales efectos se precisan en el artículo 91.1, que precisa justamente que no impide la ejecución provisional de la sentencia recurrida, aparte del argumento específico del artículo 134, como ya sabemos.

suspensiva al recurso de casación contra la ejecución provisional de las resoluciones judiciales, dada la naturaleza evidentemente cautelar de esta ejecución, sino que, más aún, la formulación explícita e inequívoca del artículo 91.1 impone concluir que esa ejecución provisional está expresamente excluida de tal efecto suspensivo de la casación, de manera categórica.

Sería definitivamente absurdo interpretar de otro modo los preceptos legales, esto es, que la ejecución provisional recurrida en casación hubiera de ser suspendida, salvo que ella misma pudiese ser objeto de una nueva ejecución provisional, a su vez posible objeto de un segundo recurso de casación que la suspendería igualmente, a reserva de un tercer recurso... y así *ad infinitum*, en una suerte de macabro juego de la buena pipa, en cuyo sórdido juego se perdería definitivamente cualquier contenido de justicia. La prohibición de interpretaciones que conduzcan al absurdo encuentra aquí una aplicación elemental.

Me parece que es ésta una manera razonable de interpretar los preceptos legales y de salvar, con ello, la función propia de la institución cautelar; que está en la base misma del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, sin dilaciones indebidas, como ha precisado con reiteración el Tribunal Constitucional.

# JURISPRUDENCIA

