

HACIA UN MODELO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO PREVENTIVO. EL EJEMPLO DE LA «EJECUCIÓN» DE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS DE UN PLAN URBANÍSTICO

Por

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Alicante
(varas@ua.es)

SUMARIO: 1. El precontencioso judicial; la justicia cautelar, la ejecución de sentencias y la función jurisdiccional preventiva.—2. Enfoque lege data: el problema de la «ejecución» de las sentencias anulatorias de un plan urbanístico; la fuerza de los hechos, la inseguridad jurídica en la ejecución de la sentencia y el subdesarrollo de espacios jurídicos.—3. Algunos criterios.—4. Reflexión final.

1. EL PRECONTENCIOSO JUDICIAL; LA JUSTICIA CAUTELAR, LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL PREVENTIVA

La lógica «preventiva» no parece haberse desarrollado hasta el momento como merece en el ámbito procesal administrativo y de ahí la oportunidad de un ensayo sobre el particular.

El contencioso-administrativo preventivo se presenta como una posibilidad en el marco de la discusión de un problema central del sistema procesal administrativo, es decir, el hecho de que las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa tengan muchas veces un simple carácter testimonial o puramente declarativo frente a una realidad fáctica que termina imponiéndose frente a la sentencia y frente a su ejecución en sentido propio o genuino.

Pueden ponerse dos ejemplos, el primero relativo a la ejecución de sentencias de anulación de planes urbanísticos y el segundo concerniente a las sentencias de anulación de adjudicaciones de contratos administrativos (también podría valer, junto a otros posibles, el caso de la anulación de concursos u oposiciones de acceso a la función pública). En estos supuestos las sentencias anulatorias no suelen conseguir imponerse a la realidad de los hechos (el plan está ya ejecutado y, por tanto, las edificaciones ya construidas; la obra se ha adjudicado y construido la carretera).

Ambos ejemplos propuestos sirven para poner de manifiesto «un problema central y estructural» de nuestro sistema procesal administrativo, es decir, la inutilidad o inocuidad de las sentencias debido a su configuración incapaz de resolver adecuadamente los intereses de las partes en conflicto que acuden a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Podría argumentarse que, frente al referido problema, la solución es exigir que la *ejecución de la sentencia* se haga con el rigor necesario para cumplir aquélla en sentido propio. El «problema jurídico» referido sería entonces un problema de ejecución de sentencias.

No es así, a mi juicio. Sin perjuicio de insistir en el debido cumplimiento de las sentencias, el «problema» parece trascender la ejecución de sentencias. En el momento de dictarse la sentencia puede ser incluso indeseable modificar la realidad fáctica existente porque ello llevaría a causar más perjuicios que aquellos que la sentencia quiere remediar. El «problema del contencioso» no es tema de ejecución de sentencias o de prácticas fraudulentas de ejecución por parte de la Administración, ya que aquél hunde sus raíces en la configuración misma de la jurisdicción contencioso-administrativa. Parece pesar aún la herencia revisora del contencioso-administrativo. Cuando menos, faltaría por explorar la posible dimensión preventiva de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En principio, la existencia de una jurisdicción contencioso-administrativa es un logro histórico indudable. Esta afirmación es también importante en aras de evitar toda tentación (en el presente debate) de buscar solución a los problemas existentes en modelos procesales civilistas, tales como el británico, y presentes también en algunos países hispánicos —como, por ejemplo, Chile (1)—. Evidentemente, lo básico es contar con una jurisdicción contencioso-administrativa. El contencioso-administrativo preventivo se correspondería por eso con una tercera etapa histórica o evolutiva (después del sistema administrativo procesal de Derecho común y el posterior del contencioso-administrativo predominantemente revisor), es decir, con el sistema procesal administrativo subjetivo por el que apuesta en principio la LJCA de 13 de julio de 1998, cuya finalidad última es lograr adecuar de una vez por todas la justicia administrativa a los intereses reales de todas las partes en conflicto.

Es cierto que durante los últimos años se ha perfeccionado el sistema procesal administrativo. Junto a la introducción (en un plano legislativo) de pretensiones de prestación o condena, la loable insis-

(1) G. FIAMMA OLIVARES, *Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva*, «Gaceta Jurídica», núm. 123 (1990).

tencia (en un plano doctrinal) en la aplicación de las *medidas cautelares* obedece en el fondo a la necesidad de buscar soluciones que, matizando los rigores del contencioso-administrativo revisor, logren adecuar la sentencia a los hechos presentes en el momento de pronunciarse aquélla para que sea ejecutable y *sirva a* las partes y a sus derechos e intereses. Las medidas cautelares son un medio de detener o paralizar la evolución lógica de la realidad fáctica del litigio para evitar que ésta termine imponiéndose al Derecho, es decir, a la sentencia y la declaración judicial de derechos. Las medidas cautelares son en principio un instrumento que participa del carácter preventivo que estamos propugnando. Con una interpretación adecuada, aquéllas cubrirían incluso un amplio espacio propio del contencioso preventivo (2). En este sentido, la medida preventiva procederá cuando el sujeto haga valer que el medio de garantizar adecuadamente sus derechos es evitando que se dicte una resolución futura, mientras que la medida cautelar procederá cuando el sujeto haga valer que el medio de garantizar sus derechos es suspendiendo un acto que ha dictado la Administración.

Ahora bien, el contencioso-administrativo preventivo desbordaría el aparato cautelar o tendría propia entidad frente a aquél, aplicándose medidas cautelares o acciones preventivas en función del supuesto concreto, es decir, en función de la necesidad jurídica del recurrente: las acciones preventivas serán procedentes cuando se correspondan con la concreta necesidad jurídica preventiva del particular y sean el único medio procesal posible para la garantía de sus derechos.

Este último representa una medida de corrección de los efectos del proceso principal que se está tramitando (es una pieza cautelar dentro de un proceso principal). Aquél es, en cambio, un procedimiento especial y único, es decir, sin la dualidad de fases entre un primer posible trámite cautelar provisional y otro resolutorio de fondo.

El *procedimiento* preventivo tiene mayor alcance que las *medidas cautelares*. En efecto, las medidas cautelares presentan indudables ventajas, pero también serios inconvenientes y limitaciones. Entre otras, es deficiente, por insuficiente, primeramente su propia aplicación práctica. En la ejecución de los planes urbanísticos, por ejemplo, no se practican como regla general las medidas cautelares (en general, los órganos jurisdiccionales recelan de este sistema cautelar, sin faltar razones, pues no siempre son las medidas cautelares la solución idónea frente al problema que quieren resolver).

(2) El primer paso, incluso desde el punto de vista del contencioso preventivo (y no sólo cautelar), habría sido dado por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, Madrid, 1992, *in toto*. En esta línea se sitúa, por tanto, el presente trabajo.

Y, cuando las medidas cautelares se practican, pueden terminar pesando sus inconvenientes: primero, lógicamente, el perjuicio más que posible para los intereses públicos que conlleva su otorgamiento, ya que aquéllas paralizan y perturban la ejecución de planes aprobados con la loable intención de ser ejecutados acto seguido, conforme a las necesidades públicas y exigencias sociales existentes; segundo, las cantidades que podrá tener que abonar el recurrente que se beneficia de la suspensión cautelar en caso de que la sentencia falle en sentido contrario al auto de suspensión. Ciertamente, las medidas cautelares representan, cuando se otorgan, un serio problema o riesgo para el propio recurrente, quien, antes de tener que abonar indemnizaciones en razón del otorgamiento de la medida cautelar revocada por la sentencia, habría seguramente preferido ignorar toda medida cautelar posible en su favor.

Las insuficiencias comentadas derivan en el fondo del hecho de que la justicia cautelar se incardina o encuadra en el propio proceso (es la «pieza» o «incidente» cautelar) con una ratio (de paralización de los efectos de la actuación) que no siempre sigue la del proceso principal (de simple revisión de la actuación administrativa ejecutada y posible retroacción de actuaciones o recomposición de situaciones en la fase de ejecución de la sentencia).

La justicia preventiva no afirma la paralización de la actuación administrativa que se está ejecutando, ya que, más bien, introduce un procedimiento cuya finalidad es *prevenir frente a una futura actuación administrativa*, antes de que ésta se haya dictado, a efectos de impedir un resultado fáctico que amenaza consolidarse y que puede frustrar el derecho subjetivo del interesado a pesar de la resolución judicial estimatoria. No se trata de introducir un correctivo cautelar que puede terminar perturbando un proceso principal marcado por una lógica revisora. La justicia preventiva no paraliza la ejecución ni afecta en puridad a la ejecución de la actuación, porque ésta ni siquiera se habrá dictado (la cuestión litigiosa se resuelve *ex ante*). Más bien, una vez se pronuncie el órgano jurisdiccional, la actuación de la Administración podrá ejecutarse sin mayores problemas. «Sin mayores problemas» porque tras la decisión judicial preventiva el acto se ejecuta sin perturbación alguna para el interés público. Y «sin mayores problemas para el recurrente» por ser evidente que éste no asume riesgo alguno de indemnización derivada de los daños ocasionados por el otorgamiento de la medida cautelar. Más bien, mediante la justicia preventiva la parte recurrente consigue satisfacer su interés real evitando que se dicte el acto o se apruebe la actuación o reglamento, si esta es la forma de tutelar sus derechos.

En este sentido, la justicia preventiva, tal como aquí se entiende o propugna, consiste en un procedimiento con propia entidad en virtud del cual se realiza un enjuiciamiento de fondo sobre la cuestión litigiosa, dejando ésta resuelta, sin perjuicio de la posibilidad de revisión de la decisión adoptada. Se resuelve, en cuanto tal, la cuestión litigiosa de fondo, aunque sea de manera preventiva, es decir, impidiendo que se dicte un acto administrativo o reglamento o se realice una actuación administrativa.

Los inconvenientes de la justicia cautelar (paralización o suspensión de una actuación administrativa dictada *con el fin de ser ejecutada* perturbando los intereses públicos, posibles cantidades cuantiosas que ha de pagar el recurrente en caso de que no se confirme la medida cautelar en la sentencia, perturbación y retraso causado en la tramitación del proceso *principal*) no se presentan en el modelo de proceso preventivo desde el momento en que en éste se resuelven los litigios y posibles controversias con anterioridad a la propia decisión administrativa. A diferencia de la justicia cautelar, el proceso preventivo tiene como finalidad resolver las cuestiones litigiosas con carácter no provisional sino definitivo (sin perjuicio del posible recurso), aunque sea de forma preventiva, es decir, con anterioridad a la resolución administrativa objeto de posible recurso posterior de anulación. Con la justicia preventiva, la sentencia no queda pendiente de resolución (durante años posiblemente) después del pronunciamiento cautelar. Con aquélla, más bien se dicta directamente una sentencia que pone fin, de forma preventiva, al litigio planteado. La resolución judicial, en el modelo de justicia preventiva, se pronuncia sobre todas las cuestiones de fondo.

La justicia administrativa preventiva debe afirmarse sólo pero siempre que sea necesaria como única forma de tutelar adecuadamente los intereses de las partes. Debe afirmarse siempre que la justicia ordinaria o declarativa no consiga tutelar adecuadamente los derechos de los ciudadanos. Y esto es lo que ocurre en los casos *supra* mencionados, por ejemplo (anulación de planes de urbanismo y de adjudicaciones de contratos administrativos). El sistema procesal preventivo (sin la problemática de la tutela cautelar) conseguiría evitar que la evolución realidad fáctica termine por imponerse a la sentencia frustrando los intereses de los ciudadanos. La función jurisdiccional que tutela de esta forma los derechos de los ciudadanos es una función jurisdiccional preventiva.

En la justicia civil son muy conocidas las anotaciones *preventivas* de embargo (a fin de prevenir frente a adquisiciones o ventas por propietarios que pueden no serlo) o el «embargo *preventivo*» (a fin de evitar que el acreedor vea frustradas sus expectativas futuras de co-

bro). De no tomarse este tipo de precauciones, la justicia puede llegar demasiado tarde y puede no satisfacer los intereses de las partes. Lo preventivo, con los ejemplos propuestos del orden civil, tiene propia entidad frente a lo cautelar. La prevención, propia también por ejemplo del Derecho internacional público, es algo genuinamente jurídico porque nada lo es más que aplicar mecanismos para lograr conceder al ciudadano una respuesta en Derecho ajustada a sus intereses. Este es el cometido y misión del Derecho y para ello a veces ha de ponerse en marcha el mecanismo preventivo.

La «prevención» es, por tanto, una idea esencial al mundo del Derecho. En un plano material, la legislación administrativa emplea constantemente esta terminología («la prevención...»), en especial en la relativa a seguridad o a seguridad industrial. Actualmente, es especialmente interesante la reforma de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, introduciendo un nuevo artículo 60 bis en la LCAP donde se prevé una regulación de carácter preventivo haciendo posible que los particulares puedan solicitar medidas para impedir *que se causen perjuicios (futuros por tanto)*. En el Derecho administrativo procesal, la justicia preventiva es una consecuencia de profundizar en la concepción subjetiva del proceso administrativo (3), según la cual los intereses jurídicos de las partes se corresponden con los tipos de pretensiones procesales y con los tipos de sentencias y modos de ejecución, a efectos de lograr una total adecuación entre dichos intereses y las respuestas judiciales. En este sentido, la prevención puede llegar a ser la única manera de dar respuesta adecuada o plena a los intereses de los sujetos que acuden a la justicia. El Derecho tiene su razón de ser sólo si da respuesta a los intereses reales de los ciudadanos. Una justicia administrativa adecuada puede exigir una respuesta que, con carácter preventivo, consiga adaptar el Derecho a los hechos e intereses de las partes.

En realidad, la justicia preventiva sería por su propia naturaleza excepcional. Sólo debería aplicarse cuando los mecanismos jurídicos ordinarios del contencioso-administrativo (pretensiones de anulación, de prestación o condena, declarativa o cautelares) son insuficientes para dar respuesta jurídica adecuada al problema procesal del interesado. Pero cuando una pretensión o acción preventiva sea el único medio de garantizar al sujeto, esta pretensión debe admitirse y, en su caso, estimarse.

En efecto, una primera manera de introducir la lógica preventiva

(3) S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio) adaptados a la nueva concepción subjetiva*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, con otras referencias bibliográficas; ya antes: *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, CGPJ, Madrid, 1994.

en el sistema procesal administrativo sería previendo nuevas pretensiones procesales de tal carácter preventivo, junto a las existentes (de anulación y reconocimiento de situación jurídica individualizada y, tras la Ley de 13 de julio de 1998, de prestación o condena). De esta forma, las pretensiones preventivas se estimarían por los órganos jurisdiccionales cuando el interesado hiciera valer que las «otras» acciones o pretensiones son insuficientes para protegerle adecuadamente, es decir, en correspondencia temporal y lógica con sus intereses. Si el sujeto puede obtener respuesta adecuada a sus intereses a través de acciones de anulación o de prestación, no procederían las pretensiones preventivas. Y esto podrá ser lo normal. Si excepcionalmente hace valer que las pretensiones ordinarias no le tutelan adecuadamente, el órgano jurisdiccional estimaría el recurso contencioso-administrativo preventivo a fin de evitar que se dicte una actuación y que, por tanto, se consume un resultado concreto que perturbe la realización y sentido mismo del derecho del interesado en la justicia preventiva (por ejemplo, caso de una acción preventiva a fin de evitar futuras declaraciones de un funcionario o de evitar que se publique por la Administración una noticia que puede perjudicar a un empresario).

Sin embargo, incluso previendo acciones preventivas en el sistema procesal administrativo general, éste puede seguir siendo insuficiente para resolver los problemas existentes, de tipo estructural, es decir, la existencia de sentencias declarativas e ineficaces que en la práctica caracterizan nuestro modelo procesal administrativo.

Más bien, para su solución efectiva el grave problema procesal que comentamos requeriría, en determinados sectores (por ejemplo, el urbanismo o las adjudicaciones contractuales), seguir un nuevo modelo de procedimiento contencioso-administrativo preventivo especial para las materias referidas, a fin de tutelar adecuadamente los intereses en juego, evitando la consolidación de realidades que terminen por frustrar la satisfacción de los derechos de las partes.

Más concretamente, la justicia administrativa preventiva se aplicaría a través de procedimientos especiales o *ad hoc*, de carácter preventivo, por medio de los cuales la justicia administrativa entrase en funcionamiento antes incluso de dictarse la resolución administrativa, dilucidándose las cuestiones litigiosas con anterioridad a ser dictada dicha resolución, esto es, con anterioridad a la aprobación del plan urbanístico o de la adjudicación del contrato administrativo. Como tendremos ocasión de comprobar, la especialización (como *quid* o pilar sobre el que montar el sistema de organización de la justicia preventiva y su ámbito de aplicación) conseguirá al mismo tiempo un funcionamiento efectivo y, por tanto, adecuado y rápido del sistema.

De esta forma, sin perjuicio de posibles acciones preventivas que pudieran ejercitarse en el caso concreto como medio de evitar una futura actuación de la que el recurrente tiene conocimiento, *la justicia preventiva exigiría ser además institucionalizada en determinados supuestos (por ejemplo, los referidos de contratos o urbanismo), creando un procedimiento especial preventivo como forma de resolver los problemas existentes*. En estos casos, el objeto de la notificación o publicación (por la Administración) sería la futura resolución administrativa, abriendo un plazo para la presentación de recursos contencioso-administrativos preventivos (por los posibles interesados, por supuesto legitimados) frente a la futura aprobación o adjudicación. Cuando este sistema entrara en aplicación, la interposición del recurso impediría la aprobación de la resolución administrativa y, por supuesto, sus efectos, tras comprobar la legitimación de la parte recurrente que interpone el recurso preventivo en plazo adecuado (por ejemplo, de dos semanas anterior a la resolución).

Podría argumentarse que este sistema preventivo sería similar (y por tanto tan perturbador como) una medida cautelar suspensiva aplicada con carácter general en el seno del proceso contencioso-administrativo, como hoy lo conocemos. La justicia preventiva se sitúa *ex ante*, respecto de la actuación de la Administración. No trata aquélla de paralizar una actuación ya dictada, para ser eficaz, lo que siempre es complejo. Además, la virtualidad de la justicia preventiva deriva de afirmar la idea de «prevención» (la «cautela») como objeto central y único del proceso. La justicia preventiva, lejos de afirmar un enjuiciamiento provisional que choca con un procedimiento orientado hacia una sentencia o resolución final sobre el fondo del asunto, representaría una fase contenciosa con propia entidad no subeditada o subordinada a un proceso principal. Sería el propio proceso principal (sin perjuicio de los posibles recursos contra la decisión adoptada).

La justicia preventiva, como medio de conseguir ajustar la justicia administrativa a los intereses reales de las partes del litigio evitando que se consume una realidad fáctica que condicione la sentencia o su ejecución, presenta además una virtualidad material (no sólo procesal) desde el punto de vista de la conocida teoría de las nulidades. Esta teoría está hoy desvirtuándose debido, en el fondo, a los problemas procesales (que estamos comentando) de la jurisdicción contencioso-administrativa. Si la doctrina ya mayoritaria hoy asume que la anulación de un reglamento (por ejemplo, de un plan urbanístico) no conlleva para nada la anulación de los actos dictados en su aplicación es, en el fondo, porque está pesando una perspectiva procesal (pervertida *ab initio*) sobre una perspectiva material (que

termina pervirtiéndose); se afirma que la nulidad del reglamento no se extiende necesariamente a la anulación de los actos dictados en su aplicación porque las sentencias anulatorias no se ejecutan ni se pueden ejecutar en el momento de dictarse a salvo de causar una catástrofe. De ahí la necesidad de corregir el deficiente planteamiento procesal de base.

Puede ser este el momento y lugar adecuados para debatir, entonces, el modelo preventivo desde el punto de vista de su posible organización. Pueden exponerse algunas opciones, decantándose finalmente por un modelo que puede llamarse «precontencioso judicial» (un «contencioso precontencioso»).

— Una primera opción (una primera «tentación») sería delegar en instancias puramente administrativas (aunque especializadas) la realización de esta función jurisdiccional preventiva. Esta tendencia se ha manifestado, por ejemplo, en el Derecho alemán, en cuanto al modelo de revisión «judicial» de las adjudicaciones de contratos administrativos. Pero como un sistema administrativo es, obviamente, insuficiente desde el punto de vista de las garantías jurídicas, el ajuste del sistema viene por la vía de aportar garantías de carácter judicial a los órganos llamados a resolver (en esencia, garantías de independencia e imparcialidad). El nuevo sistema alemán de control de las adjudicaciones contractuales públicas es un control preventivo pero realizado por instancias predominantemente administrativas (4).

Este sistema administrativo aporta, sobre todo, la idea de especialización técnica y de resolución rápida propia de instancias *ad hoc* de control, en la línea de, por ejemplo, los Jurados de expropiación o, con un ejemplo más actual, en la línea de las reformas de la LRJAP-PAC 30/1992 que algunos pretenden para configurar una vía administrativa de recurso realizada por órganos diferenciados de aquellos que dictan el acto administrativo (5), pero especialmente hoy en la línea del nuevo artículo 60 bis de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, donde se ha introducido un procedimiento de carácter preventivo).

— A pesar de que este sistema parece cobrar fuerza en distintos países (parece ser que incluso en Francia empieza a considerarse esta misma opción, al igual que en el Reino Unido, por parte de quie-

(4) Puede verse, críticamente, mi libro *Die Verwaltung in Privatrechtsform in Spanien und Deutschland*, Editorial Peter Lang, Frankfurt (publicación de Tesis doctoral), 2002.

(5) Me refiero a la posible reforma del artículo 107 de la LRJAP-PAC 30/1992, relacionable sólo indirectamente con la nueva Ley de arbitraje, 60/2003, de 23 de diciembre. Con otras múltiples referencias bibliográficas puede verse mi libro *El contrato administrativo*, Editorial Civitas, 2003, págs. 381 y ss.

nes allí piensan que un contencioso-administrativo es demasiado caro) y en sectores de opinión en nuestro propio país, es preferible, a mi juicio, en la medida de lo posible, debatir en principio toda posible solución dentro (y no al margen) del marco general de la jurisdicción contencioso-administrativa. Un sistema de recurso administrativo resuelto por instancias administrativas diferenciadas de aquellas que dictan el acto sigue siendo *insuficiente*. La justicia preventiva de control sobre la Administración es función judicial, no administrativa. La jurisdicción contencioso-administrativa encarna los mejores valores de imparcialidad e independencia judicial (por su propia esencia) y, en principio, de calidad jurídica. Pero, como aquélla es inoperante, es precisa una fase judicial precontenciosa, no declarativa, sino preventiva. Esta sería la respuesta a los problemas existentes dentro de la lógica «judicial», aunque fuere creando cámaras o secciones y procedimientos especiales preventivos en materia contractual y urbanística, por ejemplo.

— También podría admitirse, como solución intermedia, un sistema mixto entre lo judicial y lo administrativo con una composición en todo caso especializada.

— Tampoco puede *ab initio* descartarse, en aras de la plena judicialización del sistema, un sistema de delegación (por parte de la Sala) en jueces especializados en la tramitación y resolución de estos asuntos.

Aquello que precisan las partes es un contencioso-administrativo preventivo, no tanto una inservible vía administrativa *previa* y un revisor y declarativo proceso contencioso-administrativo. La justicia preventiva aporta un modelo que afirma la posibilidad de recurrir de forma preventiva una decisión administrativa ante instancias capaces de resolver los litigios existentes, con garantías y rapidez, antes de que aquélla se haya dictado. En este sistema no existe (porque no hace falta) una vía administrativa previa. Y, en relación con el proceso, la justicia preventiva consigue, como ya nos consta, descargar el peso de la función jurisdiccional declarativa o revisora, afirmando en su lugar una función de control *ex ante* y a tiempo. El contencioso-administrativo preventivo viene a ser un precontencioso judicial. La idea de especialización (tanto por razón del órgano como en razón de la materia) es clave para el funcionamiento efectivo de la justicia preventiva.

Podría decirse que este sistema preventivo no cumpliría su reto de celeridad. No es necesariamente así.

En primer lugar, piénsese que ya actualmente contamos con una vía administrativa previa al proceso contencioso-administrativo, con

recursos de alzada y reposición que admiten ser resueltos con prontitud. La diferencia, entre el modelo preventivo que se propugna y el modelo actual de la vía administrativa de recurso, está en que la fase preventiva, *aunque responde o resuelve en los mismos plazos o similares que aquellos previstos actualmente para resolver los recursos administrativos (y de ahí el funcionamiento efectivo del sistema)*, consigue un enjuiciamiento de fondo con plenas garantías (lejos de la inutilidad de la vía de recurso tal como actualmente la conocemos).

En este sentido, y en segundo lugar, piénsese que, en el fondo, la justicia preventiva es una justicia que se introduce en una fase final de un procedimiento administrativo. De lo que se trata es, simplemente, de reforzar las garantías de control sustituyendo el actual modelo de la vía administrativa previa por otro sistema más operativo. La configuración orgánica del modelo (a caballo entre la vía administrativa y la judicial) es clave para entender el funcionamiento posible rápido, eficaz y ágil.

En tercer lugar, puede razonarse que la rapidez será posible debido no sólo a la aplicación de los principios de celeridad y concentración (o el carácter abreviado del procedimiento), sino también debido en particular al *principio de especialidad*. La especialidad se aplica por razón de la materia y por razón del órgano y lleva a instaurar instancias especializadas de control cuya función no es otra que resolver los posibles litigios de los participantes en los procedimientos administrativos de adjudicación contractual o de aprobación de planes urbanísticos de modo precontencioso, es decir, en una fase final del procedimiento o anticipada al contencioso declarativo, sin que existan razones para que estos litigios tengan que demorarse en su resolución por parte de órganos próximos materialmente a los procedimientos que han sido cursados. La especialidad orgánica y material, al igual que la aludida posible comparación de este procedimiento preventivo con una vía de recurso administrativa (aunque efectiva), pueden repercutir indirectamente en favor de la celeridad.

En cuarto lugar, la justicia preventiva afirma la innecesariedad de las medidas cautelares (evitando el retraso procesal que éstas originan en la tramitación del proceso principal), desde el momento en que el fondo del proceso tiene carácter preventivo, es decir, un carácter «cautelar reforzado» ya que no se ha dictado siquiera la actuación administrativa.

El problema del contencioso preventivo radicaría, precisamente, en la posible existencia de los *déficits* jurídicos que conlleva toda celeridad procesal. Surge, así, la posibilidad de debatir jurídicamente un ulterior recurso judicial frente a la decisión de las instancias de control preventivo. En este segundo procedimiento

declarativo (es decir, el procedimiento actual previsto en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998) el particular interpondría recurso a sabiendas de que la jurisdicción contencioso-administrativa le otorgará (como ocurre actualmente) una simple respuesta testimonial y declarativa difícilmente ejecutable en sentido genuino y acorde a sus intereses. De ahí que el propio funcionamiento de la justicia preventiva (es decir, la existencia o logro de una respuesta judicial ajustada a los derechos e intereses de los particulares) disuadiría a las partes de acudir al contencioso-administrativo ordinario o declarativo en los casos en los que procedería el contencioso preventivo. El hecho de que las sentencias dictadas en este segundo posible proceso (declarativo) tengan un carácter simplemente testimonial deja de ser un problema jurídico desde el momento en que, con la justicia preventiva, hemos conseguido ya conceder a las partes una primera respuesta judicial acorde a sus derechos o intereses legítimos. La oportunidad, en particular, de dejar abierta una segunda fase (declarativa) junto a la preventiva dependerá en el fondo de la configuración más administrativa o más judicial que quiera darse a la fase contencioso-administrativa preventiva. De optar por un «modelo administrativo», la necesidad será mayor de abrir la vía judicial declarativa de recurso. De ahí la oportunidad, nuevamente, de incardinar el contencioso preventivo, en la medida de lo posible, dentro de lógica judicial.

En todo caso, la justicia preventiva es una posible solución frente a un problema que denunciamos, es decir, la existencia de un modelo de jurisdicción contencioso-administrativa aún inoperante.

Presentado en esquema, a modo de conclusión, el contencioso preventivo sería el siguiente:

- 1) Tramitación del procedimiento administrativo.
- 2) Notificación a los interesados o publicación (dos semanas antes de la resolución administrativa) de la adjudicación o aprobación futuras. La notificación sería anterior a la resolución a efectos de recalcar la idea preventiva y evitar toda posible ejecución y, sobre todo, de evitar los perturbadores efectos de la suspensión cautelar generalizada en el seno del proceso contencioso-administrativo único.
- 3) Posibilidad de interponer un recurso contencioso-administrativo preventivo por los interesados impidiendo una actuación futura y no tanto suspendiendo los efectos de una resolución administrativa que ha sido previamente aprobada.
- 4) Decisión por instancias de control, previa tramitación de un procedimiento especial, si es posible judicial, resolviendo el grueso

del problema jurídico mediante una respuesta acorde a los intereses reales de las partes.

5) Posible impugnación (en presencia de motivos tasados) de la decisión o sentencia ante la jurisdicción contencioso-administrativa conforme a su modelo actual y su sentido propio (simplemente revisor y declarativo o testimonial y compensatorio o indemnizatorio tal como hoy lo conocemos). Ninguna garantía se pierde, otras se suman.

2. ENFOQUE *LEGE DATA*: EL PROBLEMA DE LA «EJECUCIÓN» DE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS DE UN PLAN URBANÍSTICO; LA FUERZA DE LOS HECHOS, LA INSEGURIDAD JURÍDICA EN LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA Y EL SUBDESARROLLO DE ESPACIOS JURÍDICOS

El tema de los efectos, de la sentencia anulatoria de un reglamento, sobre los actos firmes dictados en su aplicación no es, desde luego, ni fácil ni pacífico (6).

El sentido jurídico genuino de la anulación judicial de un reglamento no puede ser otro que el de procurar trasladar, en la medida de lo posible, el efecto de nulidad del reglamento a los actos firmes dictados en aplicación del mismo.

Esta aseveración podrá ser admitida por cualquiera, a pesar del debate doctrinal y jurisprudencial y a pesar de las dificultades prácti-

(6) J. ALDOMÁ BUIXADÉ/J. MAURI MAJÓS, «La ejecución de sentencias que declaran la nulidad de normas sobre retribuciones del personal local», en el *Libro Homenaje al profesor ENTRENA CUESTA*, Madrid, 2003, pág. 861; A. E. ASÍS ROIG, *El tiempo como factor distorsionante de los efectos de la anulación judicial de los reglamentos*, núm. 120 de esta REVISTA, 1989; del mismo, *La conservación de los actos no firmes dictados en ejecución de una disposición general declarada nula*, «REDA», 59, 1988; A. CALONGE/J. A. GARCÍA DE COCA, *Nulidad de pleno derecho y derogación de las normas: reciente doctrina sobre el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo*, «REDA», 73, 1992; M. R. ESPEJO MEANA, *Nulidad del Reglamento: efectos jurídico-materiales de la sentencia sobre los actos dictados en su aplicación. Comentario a la Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 2.ª, del TS de 12 de julio de 1991*, «Revista Andaluza de Administración Pública», 12, 1992; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La eliminación general de la norma reglamentaria nula con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación*, «REDA», 66, 1990; R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia*, «REDA», 14, 1977; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio) adaptados a la nueva concepción subjetiva*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, comentario al artículo 73; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos y económico-administrativos*, Madrid, 1975; L. LAVILLA ALSINA, *La revisión de oficio de los actos administrativos*, núm. 34 de esta REVISTA, 1961, págs. 53 y ss.; J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Principio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, núm. 55 de esta REVISTA, 1968, págs. 65 y ss.; M. REBOLLO PUIG, *Comentario al artículo 73*, «REDA», 100, 1999; M. SÁNCHEZ MORÓN, «El objeto del recurso contencioso-administrativo», en *Comentarios a la LJCA*, Lex Nova, Valladolid, 1999; J. TORNOS MAS, *De nuevo sobre el control de los Decretos Legislativos; la declaración de nulidad por vicios de carácter procedimental del Decreto de 20 de diciembre de 1974 en materia de disciplina de mercado*, «REDA», 32, 1982.

cas (la «fuerza de los hechos» a la que aludiré seguidamente) e incluso teóricas, ya que tampoco queda claro qué significa «en Derecho» ejecutar una sentencia que anula una disposición de carácter general.

Los propios contornos de conceptos tan elementales y básicos como los de nulidad y anulabilidad llegan a difuminarse (7). Los efectos, de la anulación judicial de un reglamento, sobre los actos dictados en su aplicación admiten distintas interpretaciones. Es conocido que, frente a una posible primera actitud «rigorista» tendente a aplicar el efecto de la nulidad a los actos dictados en aplicación del reglamento (en una línea acorde con el propio sentido de la teoría clásica de las nulidades), se mantiene de forma más realista (por todos, GÓMEZ-FERRER, cit.) que «la nulidad (del reglamento) no se comunica de forma automática e inevitable a los actos dictados a su amparo». No sólo aquella primera posición «ideal» de la teoría de las nulidades tendría «sentido jurídico». También esta otra postura lo tiene desde el momento en que, precisamente, abandona los planteamientos ideales para contactar con la realidad abriendo cauces para resolver los problemas jurídicos existentes en la práctica y explicando los criterios legislativos del artículo 120 de la vieja LPA y del 73 de la vigente LJCA.

Desde una perspectiva procesal, la claridad de la legislación administrativa de ejecución de sentencias (arts. 103 y ss. de la LJCA) contrasta con la falta de claridad muchas veces en la práctica acerca de cómo ejecutar la sentencia (8). En cuanto a lo primero, es conocido que el momento de la ejecución de la sentencia no es el momento apropiado para debatir el contenido del fallo (9) y que las sentencias

(7) Los propios efectos *ex tunc* de la nulidad, o la invalidez *ab initio* e insubsanable de los actos nulos, la inexistencia de un régimen de sujeción a plazo para su contestación o impugnación, pueden ponerse en cuestión. Véanse M. BELADIEZ ROJO, *Nulidad y anulabilidad. Su alcance y significación*, núm. 133 de esta REVISTA, 1994; de la misma, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994 (y A. NIETO, en el prólogo a esta obra citada en último lugar); J. M. BOQUERA OLIVER, *Grados de ilegalidad del acto administrativo*, núms. 100-102 de esta REVISTA, 1983, págs. 1003 y ss.; J. A. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *Los actos administrativos*, Madrid, 1986, págs. 386 y ss.; R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo*, tomo I, Madrid, 1997, pág. 206; véase también J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*, Madrid, 1975.

(8) Faltaría analizar la casuística, elaborar situaciones y establecer empíricamente criterios. En este contexto, algunos trabajos son: J. M. BAÑO LEÓN, *Comentario al artículo 103.4 y 5. «REDA»*, 100, 1999; del mismo, *La fuerza normativa de lo fáctico*, «REDA», 59, 1988; F. CORDÓN MORENO, *El proceso contencioso-administrativo*, Pamplona, 1999, págs. 265 y ss.; T. FONT I LLOVET, *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Madrid, 1985; del mismo, «Medidas para hacer efectiva la ejecución de las sentencias», en el *Libro Homenaje al Profesor GONZÁLEZ PÉREZ*, Madrid, 1993; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de práctica forense administrativa*, Madrid, 1999, págs. 300 y ss.; A. B. GÓMEZ DÍAZ, *La eficacia de las sentencias contencioso-administrativas*, núm. 144 de esta REVISTA, 1998; F. SOSA WAGNER/T. QUINTANA LÓPEZ, *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas*, «Documentación Administrativa», 209, 1987.

(9) El artículo 109 de la vigente Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998 establece que las partes pueden plantear incidentes de ejecución de sentencia «sin contrariar el contenido del fallo».

deben cumplirse «en la forma y términos que en éstas se consignent» (art. 103.2 de la citada Ley jurisdiccional), de tal modo que «serán nulos de pleno Derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten *con la finalidad* de eludir su cumplimiento» (art. 103.4 de la LJCA).

Pensando en especial en el supuesto que nos ocupa (dilucidar las consecuencias, en el plano de la ejecución, de una sentencia anulatoria de un plan urbanístico), lo habitual en nuestro Derecho es que el pronunciamiento judicial anulatorio no contenga pauta alguna para su ejecución ni tampoco referencia alguna a la realidad fáctica frente a la cual se sitúa la referida sentencia (10) (debiéndose además respetar el límite que impone el artículo 71.2 de la LJCA: imposibilidad de que los órganos jurisdiccionales determinen la forma en que han de quedar redactados los reglamentos).

Así pues, aunque es pacífico admitir que la sentencia tiene que ser cumplida «sin contrariar el contenido del fallo» y «en la forma y términos que en *éstas* se consignent», no queda siempre claro cuáles son los pasos que deben darse a la hora de ejecutar el fallo.

Sin embargo, la fase de ejecución representa el momento crucial del litigio, por referirse a la efectividad misma del contenido del Derecho y del fallo. Cuando termina el proceso es cuando realmente puede comenzar el auténtico «proceso» para las partes, un proceso abierto, complejo y a veces inseguro. Esto es tan cierto que a las partes o a sus representantes puede resultarles más fácil aventurar o predecir el contenido de la sentencia (al comienzo del proceso) que predecir el resultado de la ejecución de la sentencia (en el momento de dictarse ésta) (11).

No es descartable una labor de ajuste o adecuación del contenido de la sentencia a la realidad de los hechos que se presentan en el momento de su ejecución, como forma de llevar a cabo el cumplimiento mismo de la sentencia.

Al margen de los supuestos de «imposibilidad de ejecución», por haber desaparecido el objeto de la sentencia (12), no es infrecuente

(10) Por ejemplo, STS de 4 de marzo de 2003, RJ 3762; STS de 4 de febrero de 2003, RJ 842, etc.

(11) Puede verse T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las sentencias de los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, núm. 73 de esta REVISTA, 1974: «a partir de este momento (la sentencia) es cuando empieza a advertirse un cierto desfallecimiento en la actitud de la Sala sentenciadora, a quien corresponde según la Ley, promover y activar la ejecución de la sentencia (...)». Sobre esta perspectiva, igualmente, debe verse el interesante libro (manuscrito, en prensa) de J. E. SORIANO GARCÍA, *Los desafíos del Derecho Administrativo en el siglo XXI*, Madrid, 2004, *in toto*.

(12) Véanse los supuestos jurisprudenciales que aporta F. PERA VERDAGUER, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, 6.ª ed., Madrid, 1998, pág. 737. Añado, en materia urbanística, el ATS de 16 de julio de 1991 (RJ 6335).

que los casos de ejecución o cumplimiento posible de la sentencia admitan a priori diferentes maneras de ejecución en función de la realidad fáctica existente: subsanación del vicio, elaboración de un nuevo plan, revisión de las licencias, retroacción de actuaciones y modificación del plan, reviviscencia del anterior, revisión de las licencias, demolición de las edificaciones, posibles indemnizaciones, etc.

Por tanto, ante la indefinición (en términos positivos) de los modos de ejecutar una sentencia se presenta el criterio de carácter negativo de no poder contrariar el contenido del fallo y el límite de los posibles incidentes de ejecución de sentencia. Dichos incidentes (o la posible tutela del Tribunal Constitucional si la ejecución contraviene el art. 24 de la CE) actúan como mecanismos procesales correctores del sistema que consiguen evitar que el fallo se desvirtúe.

La propia práctica judicial confirma que tampoco los jueces asumen siempre una posición protagonista en cuanto al establecimiento de pautas positivas y apriorísticas de actuación para la ejecución de su propia sentencia. Y, por su parte, la sentencia estimatoria de un recurso contencioso-administrativo se limita muchas veces a declarar un derecho, sin que aquélla nos saque de dudas a efectos de determinar cómo ha de realizarse el derecho declarado. Tampoco generalmente el recurso de «aclaración» *aclara* demasiado.

Así pues, una sentencia que anula un plan urbanístico se enfrenta con distintas realidades fácticas posibles que terminan influyendo en la fase de ejecución.

Un rigor extremo en el momento de la ejecución de las sentencias puede llegar a causar perjuicios contrarios a la lógica existente en el momento en que se dicta la sentencia. En la ejecución puede terminar imponiéndose la fuerza de los hechos y la aplicación de un principio de proporcionalidad como principio llamado a conseguir el cumplimiento *posible* de la sentencia. En la fase de ejecución de sentencias, el plano ideal de la declaración judicial de derechos por sentencia sufre un ajuste a la realidad.

En todo caso, es preocupante la inseguridad jurídica en la fase de ejecución de sentencias. Una sentencia admite regímenes más o menos «rigurosos» o «estrictos» de ejecución; son posibles o concebibles formas «drásticas» y otras más «flexibles» de ejecución. Después de un proceso judicial sometido a estrictas pautas procedimentales regladas y sujeto a rigurosos principios (entre ellos el meticuloso principio de congruencia), y después de una sentencia pronunciada conforme a pautas de legalidad, la fase final de la ejecución de sentencias puede ser el momento de lo inesperado.

Pese a todos los principios procesales, cuando llega la hora de la

verdad de la terminación del procedimiento y realización del Derecho, se presenta el riesgo de que la sentencia quede en nada y se frustré así el derecho del recurrente o, por contrapartida, tampoco es descartable ni la «ejecución-sorpresa» que cause unos perjuicios desproporcionados para el interés público o de terceros y ni siquiera (en esta línea) los «excesos de rigor de ejecución por parte de la propia Administración», que, en definitiva, son «excesos de rigor o extralimitaciones que se imputan al propio órgano jurisdiccional, que es quien ejecuta la sentencia y no al ente administrativo que en el proceso de ejecución se limita a acordar lo que el órgano jurisdiccional ordena» (13).

El mundo del Derecho y de la legalidad parece terminar rindiéndose ante el mundo de las «posibles actitudes humanas» que puedan adoptar no sólo las partes procesales (la mayor o menor tenacidad de la Administración, la resignación o el carácter combativo del recurrente), sino también los propios miembros que integran los órganos jurisdiccionales (el juez exigente, el más condescendiente).

El problema de la ejecución de sentencias de nulidad de un plan urbanístico radica en el habitual estado de consolidación de las construcciones y edificaciones presente en el momento de pronunciarse la sentencia.

El planteamiento habitual en torno a la ejecución o inexecución de sentencias, dibujando un escenario sobre el cual es culpable la Administración como sujeto incumplidor de la sentencia, puede ser un planteamiento simplista, ya que generalmente es un cúmulo de factores el que explica que la sentencia no sea siempre plenamente ejecutable en su sentido propio o genuino.

Primero, la creación de una poderosa realidad fáctica que termina desvirtuando la ejecución de la sentencia puede deberse a que, antes de pronunciarse la sentencia de fondo, no se han adoptado judicialmente las medidas necesarias para evitarlo (por ejemplo, medidas cautelares o incluso medidas de carácter preventivo). De ahí, claro está, la importancia, *lege data*, de la justicia cautelar (14).

(13) STS de 18 de mayo de 1998 (RJ 3850). Pueden aportarse (de la situación de «exceso de rigor en la ejecución») dos posibles ejemplos: el primero, la STS de 28 de junio de 1993 (RJ 4748), decretando aquella de forma «añadida» (a la declaración judicial de la sentencia) la «suspensión del ejercicio profesional» durante el período de cierre de una farmacia; el segundo, la citada STS de 18 de mayo de 1998 (RJ 3850), referente a un supuesto en el cual un Ayuntamiento pretendía introducir (de forma discutible) cláusulas de total exoneración de responsabilidad frente al particular afectado para el momento de la ejecución del fallo. El TS entiende que el Ayuntamiento se extralimita y va más lejos de lo que es «ejecución estricta».

(14) Sobre las medidas cautelares y su importancia, primeramente, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El problema de los poderes del Juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las Leyes nacionales en consideración al Derecho Comunitario Europeo*, «REDA», 63, 1989, págs. 411 y ss.; del mismo autor, *Las medidas cautelares que puede adoptar el Juez na-*

En este sentido, el criterio dominante en la praxis judicial es el de la excepcionalidad de la suspensión cautelar de los planes urbanísticos. Se argumenta, por ejemplo, que en los planes urbanísticos está «más acentuado el interés público» que en los simples actos administrativos, hecho que «condiciona en grado sumo la suspensión, supeditándola a la producción con la ejecución de unos daños y perjuicios, no ya difíciles e imposibles de reparar, sino de una entidad semejante o superior a los que a la comunidad acarrearían las dilaciones en ejecutar» (ATS de 27 de diciembre de 1999, RJ 10265), o se razona que el plan «aporta un

cional contra el Derecho Comunitario: la Sentencia Zuckerfabrick del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de febrero de 1991, «REDA», 72, 1991, págs. 537 y ss.; del mismo autor, La batalla por las medidas cautelares: derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español, 2.ª ed., Madrid, 1995.

Igualmente, J. M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, *Las medidas cautelares en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de julio de 1998*, «AJA», 370, 1998; M. BACIGALUPO SAGGESE, *El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán, tras la reforma de 1991*, núm. 128 de esta REVISTA, 1992, págs. 413 y ss.; y su trabajo en «REDA», 94, 1997; R. O. BUSTILLO BOLADO, núm. 143 de esta REVISTA, 1997, págs. 285 y ss.; E. COCA VITA, *A vueltas con la suspensión de la ejecución de actos administrativos recurridos: Últimas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales*, núm. 127 de esta REVISTA, 1992, págs. 241 y ss.; E. COLLADO GARCÍA-LÁJARA, *Las medidas cautelares en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, «La Ley», 4682, 1998; C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991; J. DÍAZ DELGADO/V. ESCUIN PALOP, *La suspensión de los actos administrativos recurridos en el proceso especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales*, núm. 117 de esta REVISTA, 1988, págs. 193 y ss.; C. ESCUDERO HERRERA, *De la instrumentalidad de las medidas cautelares*, «AA», 25, 1998; J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *La influencia de la Constitución en la jurisprudencia sobre suspensión de los actos administrativos*, núm. 120 de esta REVISTA, 1989, págs. 277 y ss.; T. FONT I LLOVET, *Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos*, «REDA», 34, 1982, págs. 477 y ss.; I. DEL GUAYO CASTIELLA, *Judicial Review y justicia cautelar*, Madrid, 1997; M. LAFUENTE BENACHES, *Ampliación de las medidas cautelares: la aplicación del artículo 1428 de la LEC al proceso contencioso-administrativo (ATS de 2 de noviembre de 1993)*, «RGD», 596, 1994, págs. 4983 y ss.; F. LÓPEZ RAMÓN, *Límites constitucionales de la autotutela administrativa*, núm. 114 de esta REVISTA, 1988; J. MARTÍN FERNÁNDEZ, *La suspensión de la ejecución de los actos tributarios en vía contencioso-administrativa*, «Jurisprudencia Tributaria Aranzadi», 64, 1995, págs. 15 y ss.; L. L. MEILÁN GIL, «RAnAP», 28, 1996, págs. 11 y ss.; J. V. MOROTE SARRIÓN, «REDA», 94, 1997; M. ORTELLS RAMOS/M. P. CALDERÓN CUADRADO, *La tutela judicial cautelar en el derecho español*, Granada, 1996; E. OSORIO ACOSTA, *La suspensión jurisdiccional del acto administrativo*, Madrid, 1995; L. PAREJO ALFONSO, *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo*, «REDA», 49, 1986, págs. 19 y ss.; J. L. REQUERO IBÁÑEZ, *Las medidas cautelares provisionales en el proceso contencioso-administrativo: comentarios al ATS de 2 de noviembre de 1993*, «AJA», 132, 1994, págs. 9 y ss.; J. F. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *De nuevo sobre la suspensión judicial del acto administrativo*, «REDA», 64, 1989, págs. 639 y ss.; F. SAINZ MORENO, *Suspensión del acto administrativo y caución suficiente*, «REDA», 15, 1977, págs. 659 y ss.; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso*, núms. 100-102 de esta REVISTA, 1983, vol. II, págs. 1609 y ss.; M. SARMIENTO ACOSTA, *Nueva funcionalidad de las medidas cautelares en el contencioso español*, núm. 129 de esta REVISTA, 1992, págs. 385 y ss.; I. SERRANO BUTRAGUENO, *Medidas cautelares por competencia desleal*, «La Ley», 4149, 1996; F. SOSA WAGNER, *Los estudiantes condenados pueden estudiar (Sentencia de la Sala de lo Contencioso de Vizcaya de 16 de diciembre de 1975)*, «REDA», 8, 1976, págs. 170 y ss.; J. SUAY RINCÓN, *Una resolución novedosa en materia de medidas cautelares: Auto del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1984*, «REDA», 50, 1986, págs. 265 y ss.; J. TORNOS MAS, *Suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo y doctrina jurisprudencial*, «REDA», 61, 1989, págs. 119 y ss.

valor añadido al de la legalidad de un acto singular» (ATS de 7 de septiembre de 1991, RJ 6813; ATS de 22 de febrero de 1994, RJ 1463).

En consecuencia, si los órganos jurisdiccionales, después de valorar la posibilidad de una medida cautelar suspensiva, no decretan la suspensión o paralización de las obras de ejecución del plan, esta decisión terminará pesando en el momento de la ejecución de la sentencia: ésta podrá no ser ejecutada en su «genuino» sentido *porque indirectamente el propio órgano jurisdiccional ha asumido o propiciado en parte la realidad fáctica existente* y porque, entonces, se pueden causar graves perjuicios a la Administración y a terceros, propietarios, urbanizadores o adquirentes de buena fe.

Podría, entonces, propugnarse una aplicación general de la medida cautelar suspensiva en estos casos de sentencias de anulación de planes urbanísticos, como vía de solución del problema desde este punto de vista de la ejecución de las sentencias.

Pero también esta opción, como idea de sistema, presentaría sus riesgos e inconvenientes, en especial considerando que los daños que puede ocasionar la paralización de las obras como consecuencia de la suspensión cautelar pueden imputarse a la parte recurrente (aplicando el artículo 133.3 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa), a pesar de que la decisión de admisión de la medida cautelar suspensiva no ha correspondido sino a los Juzgados o Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa (15).

En todo caso, en este momento de decidir judicialmente la posible suspensión de las obras terminan pesando hechos tales como los daños que se causan al promotor o contratista, los compromisos financieros o hipotecarios contraídos, etc. Y, por su parte, esta omisión de la justicia cautelar contribuye a la consolidación de una realidad fáctica indeseable. Y, a su vez, esta realidad fáctica de consolidación en la ejecución del plan termina repercutiendo en el alcance de la ejecución de las sentencias. Y, con todo ello, la justicia administrativa pierde efectividad y hasta sentido.

Cierto que los urbanizadores deberían empezar a asumir más en serio que, ante un plan impugnado, se corre el *riesgo* de la anulación del plan y de la demolición de las edificaciones construidas.

Los factores de la inejecución de las sentencias son, pues, complejos y diversos.

(15) Puede verse sobre el particular la jurisprudencia sobre el artículo 124.4 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956: ATS de 10 de febrero de 1972 (RJ 843\1972), ATS de 21 de enero de 1977 (RJ 409\1977), STS de 26 de mayo de 1978 (RJ 2131\1978), STS de 26 de septiembre de 1984 (RJ 4548\1984), STS de 4 de marzo de 1989 (RJ 1771\1989), STS de 30 de octubre de 1989 (RJ 7584\1989), STS de 5 de febrero de 1991 (RJ 1580\1991). Y sobre el artículo 133.3 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998: sentencia de 18 de noviembre de 2002 (RJ 2000\1219).

Ante la omisión de criterios jurídicos o pautas legislativas y el posible desinterés judicial (16) acerca de la ejecución de la sentencia, queda ésta muchas veces a merced de las partes, a salvo de que algún interesado plantee un incidente y obligue de esta forma a *intervenir* al órgano jurisdiccional.

Incluso cabe discutir si la sentencia puede establecer este tipo de «pautas» cuando el recurrente no ejercita más que una genérica pretensión de anulación (v. gr., de un plan urbanístico), sin informar al órgano jurisdiccional acerca de aquello que realmente interesa al recurrente (17). A la luz del propio principio de congruencia, no está claro que el órgano jurisdiccional deba extraer mayores consecuencias procesales de aquellas que permite la demanda. De ahí la importancia del tema procesal de las pretensiones. Es decir, si la parte no ejercita correctamente la pretensión procesal corre un cierto riesgo de no conseguir aquello que realmente le *interesa* (18). Es conveniente aclarar al Juzgado o Tribunal qué se pretende con el recurso de anulación del plan, para evitar que la sentencia tenga un contenido meramente declarativo. Por tanto, la propia práctica, en el contencioso-administrativo español, es culpable de que las sentencias no se ejecuten con el rigor deseable, desde el momento en que las partes no precisan correctamente sus pretensiones procesales.

Dado el caso, este modelo (que impera en nuestro Derecho) de anulación más inejecución (v. gr., de «ejecución a medias») puede llegar acaso a satisfacer al propio recurrente (19).

A pesar de los conocidos efectos propios de una declaración de

(16) No debemos ignorar que la ejecución de sentencias no computa, como trabajo hecho o función judicial desempeñada, de cara a medir la productividad de la labor judicial realizada.

En este sentido, tampoco debemos olvidar, como posible traba añadida a la ejecución de las sentencias, la necesidad de que exista una intencionalidad o ánimo contrario a la ejecución, por parte de la Administración, para que pueda considerarse que la Administración está eludiendo el cumplimiento de la sentencia (véase T. FONT I LLOVET, «Justicia administrativa y ejecución de sentencias», en el *Libro Homenaje al profesor ENTRENA CUESTA*, Madrid, 2003, pág. 824). Véase también M. CLAVERO ARÉVALO, «Actuaciones administrativas contrarias a los pronunciamientos de las sentencias», en el *Libro Homenaje al profesor ENTRENA CUESTA*, Madrid, 2003, pág. 927.

En este contexto pueden considerarse los supuestos en que se dicta una Ley como medio de subsanación del vicio reglamentario acusado en la sentencia (J. GARCÍA LUENGO, *La subsanación retroactiva de reglamentos nulos mediante su elevación de rango*, «REDA», 111, 2001).

(17) Las sentencias en estos casos no tienen más que un valor declarativo, ha llegado a decir una STS de 18 de mayo de 1998, RJ 3850.

(18) STS de 18 de mayo de 1998, RJ 3851: a pesar del antiformalismo imperante en nuestro Derecho, el particular (en este caso) fijó incorrectamente la pretensión y corrió el riesgo de inadmisión del recurso, aunque finalmente ésta no se decretara.

(19) Por ejemplo, cuando un concejal impugna un Acuerdo de aprobación de un plan urbanístico, ¿desea éste realmente que la anulación del plan lleve consigo la demolición de todas las edificaciones, con el abono de una cuantiosa cifra de indemnización por daños y perjuicios por parte de su Corporación local?

nulidad de la sentencia, conforme a la llamada incluso popularmente «teoría de las nulidades», en la ejecución termina venciendo, cuando más, una actitud de acomodación de las realidades existentes a una nueva realidad modificada «en parte» por la sentencia. Priman las actitudes de recomposición y de ajuste de situaciones y de retroacción de actuaciones al momento de la omisión del trámite o garantía omitidos.

Y es que, volviendo a la perspectiva material (ya no procesal) de los efectos de la anulación judicial de un reglamento sobre los actos dictados en su aplicación, también desde esta perspectiva se confirma cuanto estamos diciendo. Parece imponerse claramente cada vez más el planteamiento doctrinal «realista» que parte de que la nulidad de pleno derecho no conduce necesariamente a unas consecuencias de extraordinaria gravedad respecto de las actuaciones llevadas a cabo durante la vigencia de la disposición y que afirma (en consecuencia) que dicha anulación puede llegar a tener distintas consecuencias en función principalmente del carácter del vicio (no es lo mismo, desde luego, una anulación por un defecto procedimental que por un defecto de fondo) y de la compatibilidad o incompatibilidad de los actos con la legalidad aplicable en el momento en que aquélla se pronuncia, junto a otros posibles condicionantes como, por ejemplo, también la distinta repercusión que (en el momento de analizar el alcance de la declaración de nulidad del reglamento sobre los actos) puedan llegar a tener principios tales como los de seguridad jurídica (art. 9 de la CE), buena fe, confianza legítima, proporcionalidad, etc. De ahí que, en función de estos condicionantes, dicha nulidad pueda significar ora la conservación de los actos firmes dictados en virtud de un plan anulado (en especial cuando el vicio de nulidad del reglamento sea un vicio de forma y no de fondo), ora la revisión de oficio (en especial cuando se compruebe que dichos actos son contrarios al ordenamiento vigente después de haberse anulado el plan). También puede llegar a significar la posible responsabilidad administrativa (una vez se anula el plan) a favor de los perjudicados o, por el contrario, la devolución a la Administración de lo indebidamente pagado al particular. Y llega a afirmarse la posibilidad de la reviviscencia de la disposición anterior (frente al tenor literal del Código Civil, art. 2) o incluso la posibilidad (tampoco descartable *lege ferenda*) de abrir los plazos legales de impugnación contra los actos firmes una vez se anula el plan que les sirve de apoyo.

Es decir, estas opciones que hemos presentado quedan abiertas, en un contexto de ejecución de sentencias marcado por la ausencia de criterios y la posible despreocupación judicial acerca del modo en que debe ejecutarse el contenido del fallo. Estamos, en último término, ante cuestiones de índole material porque afectan al derecho

mismo, quedando éste abandonado al azar finalmente. Queda confiar en la prudencia judicial y la sensatez de todos a la hora de ejecutar la sentencia. Pero este planteamiento dista de ser un planteamiento «en Derecho».

El problema de la inexecución real de la sentencia no es, por tanto, un problema exclusivo de la fase procesal de ejecución de sentencias. El problema hunde sus raíces en los diversos factores que estamos comentando (20).

Estamos ante un problema complejo que afecta a todo el sistema procesal contencioso-administrativo. *O, acaso, debemos rendirnos a la evidencia de que el contencioso-administrativo tiene, en cuanto tal, unos límites propios* en cuanto al modo de satisfacer las pretensiones de las partes, límites inherentes a su propia configuración y funcionamiento.

Y, si esto es así, parece razonable sostener que *no siempre* será deseable un sistema rígido de ejecución de sentencias que opte por una vía especialmente rigorista. Es decir, el momento procesal de la ejecución de sentencias no es un momento adecuado para solucionar todos los problemas del contencioso-administrativo. Lo contrario sería exigir demasiado de la fase procesal de la ejecución de sentencias. *No puede esperarse (de la ejecución de sentencias) que esta fase procesal resuelva de pronto todos los problemas que el proceso contencioso-administrativo ha dejado sin resolver cuando llega el momento final del pronunciamiento de la sentencia. Si esto es así, se justifica evitar el rigor excesivo en la fase de ejecución de sentencias.*

En suma, la ejecución tendrá que ser acorde con la sentencia, pero podrán existir distintos modos de cumplir con la sentencia. La realidad de los hechos podrá aconsejar, en el caso concreto, una ejecución o un cumplimiento de la sentencia en términos de lógica o sensatez, en especial cuando no se han adoptado medidas preventivas a lo largo del proceso para evitar el estado de consolidación de edificaciones existente o también cuando los perjuicios que pueda causar la ejecución sean finalmente extremadamente cuantiosos o cuando la omisión del trámite procedimental sea fácilmente subsanable.

Este es el sistema que impera en nuestro Derecho en la fase de ejecución de sentencias anulatorias de planes urbanísticos. Pero esta realidad presente en torno a la ejecución de sentencias anulatorias de planes urbanísticos, lejos de ser una excepción, se manifiesta también en otros ámbitos de la legislación administrativa.

Por ejemplo, en la contratación administrativa, el reconocimiento

(20) Véanse también R. MARTÍN MATEO, *La eficacia social de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1989; J. E. SORIANO GARCÍA, *Los desafíos...*, in toto, y V. AGUADO I CUDOLÁ, *El recurso contra la inactividad de la Administración en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 2001.

en la sentencia del derecho a la adjudicación del contrato (en favor del licitador que recurre) no significa necesariamente (por desgracia) que dicho licitador vaya a obtener la adjudicación del contrato.

En principio, declarar en la sentencia el mejor derecho de un licitador sobre el adjudicatario no presenta ni plantea problema alguno para la jurisdicción contencioso-administrativa (21). El problema es, más bien, cómo realizar este derecho en el caso concreto. Algunas veces no queda más remedio que buscar «otras» vías, distintas de la adjudicación (por ejemplo, indemnizatorias), para la realización del derecho declarado en la sentencia.

También en torno a la función pública, es frecuente que la anulación de una oposición no conlleve su repetición, por poder «bastar» una rebaremación de las calificaciones de los opositores (así se ejecutó la sentencia del TSJ —sede de Las Palmas— de 8 de junio de 2000, número de recurso 21/01).

Con todo, es siempre exigible un «esfuerzo» por procurar que la ejecución de la sentencia se ajuste al sentido genuino de la misma. Un «esfuerzo» hasta el límite de lo humanamente posible. Es exigible, por ejemplo, procurar que la anulación de la adjudicación signifique la adjudicación del contrato en favor del recurrente licitador con mejor derecho. Las medidas cautelares pueden ser decisivas para ello, sin perjuicio de las reservas que he manifestado *supra*.

La ejecución de sentencias plantea, pues, una cuestión jurídica de difícil solución en términos absolutos. Insisto en que de la fase de ejecución no puede esperarse una solución de todos los problemas procesales del contencioso-administrativo, una solución de todos los problemas que no se han resuelto antes de dictar sentencia.

En términos teóricos, es claro que lo correcto es ejecutar la sentencia conforme al interés real del sujeto. Lo incorrecto es que la sentencia deba ejecutarse de modo no plenamente acorde con el interés real del interesado. Lo primero (la plena adecuación entre interés real del sujeto, el fallo de la sentencia y la ejecución de la misma) es propio de un modelo avanzado o de «justicia primaria». Lo segundo (es decir, la «inadecuación de la justicia administrativa con el interés real del sujeto» o la «desviación procesal del interés o derecho») es propio de un modelo no plenamente desarrollado de justicia administrativa o de «justicia secundaria» o compensatoria.

En efecto, la «justicia secundaria» es la justicia administrativa que, en lugar de reconocer aquello que al sujeto interesa realmente, ofrece en cambio otras soluciones de carácter compensatorio, gene-

(21) STS de 11 de mayo de 1999, RJ 5029; STS de 25 de septiembre de 2000, RJ 8416; STS de 9 de julio de 1999, RJ 6882.

ralmente indemnizatorio o consintiendo la subsanación de las deficiencias procedimentales en fase de ejecución. En cambio, la «justicia primaria» es la adecuación plena y efectiva entre aquello que interesa al sujeto y aquello que declara la sentencia y aquello que se ejecuta en la fase de ejecución de sentencias.

«Prudencia» y «ejecución en la medida más acorde *posible* con el fallo» serían dos criterios de actuación para la fase de ejecución de la sentencia. Aquélla lleva a no desconsiderar completamente las *realidades consolidadas* en aras del propio cumplimiento de la sentencia del modo más exacto posible (la realidad fáctica existente en el momento de pronunciarse el fallo judicial es a veces un límite, queramos o no, para la ejecución de sentencias). Por otro lado, no habría que ceder un ápice en el plano del cumplimiento efectivo de la sentencia *hasta la medida o grado de lo posible y razonable*. Habría una obligación (de órganos jurisdiccionales, Administración y terceros) de cumplir la sentencia en el sentido más cercano a su sentido genuino (o próximo al sentido más puro de la teoría de las nulidades), evitando que el fallo se desnaturalice o desvirtúe.

Sin embargo, estos «criterios» son puramente orientativos, no plenamente jurídicos, porque no consiguen evitar un exceso de discrecionalidad (incluso judicial) en cuanto a la determinación del medio de realización del Derecho.

En este sentido, TRAYTER JIMÉNEZ tampoco se muestra convencido con la praxis judicial existente (relativa a la ejecución de sentencias de nulidad de un plan mediante su modificación para corregir el vicio que denuncia la sentencia o a través de la reviviscencia del plan anterior, sin aplicarse una revisión de oficio de las licencias firmes). De esta forma, termina reconociéndose que, *lege data*, «la experiencia demuestra que, salvo contadas ocasiones, no acaban derrumbándose construcciones y edificaciones realizadas al amparo de un plan anulado judicialmente». «En la práctica, una serie de distorsiones (procesales) acaban consolidando las obras de urbanización y edificación».

Para que un órgano jurisdiccional opte por la vía de la demolición de las edificaciones parece que tienen que presentarse situaciones especiales o singulares, tales como la ejemplaridad de la condena y el carácter individualizado del perjuicio —STS de 27 de marzo de 1992, RJ 3360, que afecta a la hermana de Su Majestad el Rey y en la cual el TS reacciona contra una modificación del planeamiento, decretada por el Alcalde de Palma de Mallorca, como medio de ejecución de la sentencia (22)— o tales como la imposibilidad de subsanación ante la

(22) Es el único ejemplo, de esta situación de excepción, que aporta el exhaustivo estudio y aporte de citas jurisprudenciales de J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *El control del planeamiento urbanístico*, Madrid, 1996, págs. 400 y ss.

gravedad del vicio de nulidad (STSJ de Canarias, Las Palmas, de 16 de junio de 2000, RJCA 2000\1957, en la cual el Tribunal reacciona contra una pretendida subsanación de deficiencias procedimentales llevadas a cabo por un órgano manifiestamente incompetente para ello: el Ayuntamiento, en vez de la Comunidad Autónoma).

También tienen generalmente un carácter individualizado los casos de disciplina urbanística. FONT I LLOVET (23) aporta una sentencia en esta misma línea argumental (casos de ejecución efectiva de sentencias relativas a casos «singulares»), concretamente la del TSJ de Cataluña de 12 de febrero de 1996 (confirmada por la STS de 5 de abril de 2001), donde el TSJ reaccionó frente a una pretendida imposibilidad de ejecución de la sentencia (alegada por el Ayuntamiento) y frente a una modificación del plan realizada por éste para amparar la situación afectada por la anulación de la licencia (24).

En la mayoría de los casos existe, pues, para urbanizadores o terceros adquirentes tan sólo un «riesgo», un riesgo muy remoto de demolición, seguramente parcial, respecto de aquello que no se sostenga después de subsanado el vicio en que incurrió el plan. Trámite de subsanación sobre el cual, es lógico pensar, también pesará la fuerza de los hechos.

«Fuerza de los hechos» que puede terminar venciendo incluso a la hora de determinar ora la paralización, ora, por el contrario, la ejecución de las obras que (en su caso) resten para terminar de edificar en la zona afectada por el plan urbanístico anulado por sentencia judicial, tal como corrobora algún ejemplo jurisprudencial (entre otros posibles: sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 29 de junio de 1999, núm. 461/1999, RJCA 1999\1624, y Auto núm. 1719/1994, de 7 de junio de 2002, *infra* comentado).

A efectos de completar los criterios que han sido apuntados (y a efectos de desarrollar jurídicamente esta materia), parece convenien-

(23) T. FONT I LLOVET, «Justicia administrativa y ejecución de sentencias», en el *Libro Homenaje al profesor ENTRENA CUESTA*, Madrid, 2003, pág. 819.

(24) Tampoco vence la fuerza de los hechos cuando las obras de urbanización o las posibles adquisiciones de terceros se realizan en el marco de un «proyecto de plan urbanístico» que no llega a aprobarse. Este supuesto es, pues, diferente, a aquel que nos ocupa de anulación de planes válidamente aprobados (y por tanto ejecutorios) con situaciones consolidadas. La STS de 24 de septiembre de 1991, RJ 6971 (FJ 6.º), se enfrenta con un caso de obras realizadas por un promotor con ocasión de una reclasificación de los terrenos en un Proyecto de Planeamiento que califica aquéllos como urbanizables. Esta sentencia no reconoce responsabilidad administrativa por los daños derivados en dichos terceros adquirentes como consecuencia de una pretendida «tolerancia o permisibilidad», por parte de la Administración, para que el promotor empezase las obras. No es suficiente dicha tolerancia para imputar el daño a la Administración, ya que el perjuicio se debe al proceder ilegal del promotor y a los propios adquirentes por haber omitido la «elemental precaución (que les corresponde) de cerciorarse de la situación urbanística» de los terrenos que adquieren. Esta sentencia es una llamada de atención para promotores que actúan ilegalmente y para terceros adquirentes, aunque por referencia a obras sin el apoyo en un plan aprobado.

te aportar un método empírico de conocimiento de la praxis de la ejecución de las sentencias de este tipo o carácter anulatorio de planes urbanísticos. Se trata básicamente de citar algunas sentencias que anulan planes urbanísticos, exponiendo cómo se han ejecutado en la práctica. Resumidamente, pueden ponerse estos ejemplos:

Un primer grupo de sentencias sería aquel en cuya virtud se anula el plan y la ejecución de la sentencia ha consistido en una simple retroacción de actuaciones (sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 29 de septiembre y de 29 de diciembre de 2001, respectivamente sentencias núm. 712/2000, RJCA 2001\240, y núm. 975/2000, JUR 2000\67943; y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de diciembre de 2001, núm. 1816/2001, RJCA 2002\739).

Otras veces la propia sentencia establece expresamente dicha retroacción como vía de ejecución —sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 23 de mayo de 2001, núm. 452/2001, JUR 2001\200406; sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sección 1.^a) de 18 de septiembre de 2000, y sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1996 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), RJ 1996\8224—.

Significativo es descubrir casos en los que, incluso, en la ejecución de sentencias anulatorias se plantean incidentes de ejecución sin que la anulación del plan esté impidiendo que se sigan realizando las obras que prevé el plan anulado (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 29 de junio de 1999, núm. 461/1999, RJCA 1999\1624, y Auto núm. 1719/1994, de 7 de junio de 2002).

También se ha planteado el debate, en la ejecución de sentencias, de optar por la redacción de un nuevo plan ante la dificultad de subsanación de los defectos; la ejecución de sentencias permanece, en todo caso, en manos de la Administración, quien en la práctica toma este tipo de decisiones (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 23 de septiembre de 1994; sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2000, recurso núm. 7792/1994, y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 7 de julio de 2003, núm. 1009/2003, recurso núm. 1633/00, Sección 2.^a, cuyo comentario obviamos por razones lógicas de espacio que requiere la REVISTA).

Otra situación se refiere a la ejecución de sentencias en las que se reconduce la acción de anulación de la parte hacia una indemnización solicitada en el recurso contencioso-administrativo (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 5 de febrero de 2003, Sección 1.^a, núm. 156/2003, recurso núm. 61/98, y sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana de 31 de octubre de 2003 —RJCA 316— y de 25 de noviembre de 2003 —JUR 72817—).

En ausencia de criterios positivos, como criterios de carácter negativo, junto a los incidentes de ejecución de sentencias (*supra* referidos), se sitúa el amparo constitucional para reparar inejecuciones parciales o totales (además de la cuestión indemnizatoria). En este sentido, puede citarse la STC 167/1987, de 28 de octubre, ya que es ejemplo tanto de los posibles fraudes de ley que pueden producirse en la fase de ejecución de sentencias como también del interés de una vía procesal de defensa de los posibles perjudicados por la ejecución o inejecución del fallo, es decir, el amparo que en definitiva otorga el tribunal Constitucional en casos en que el órgano jurisdiccional, con su actitud, no consigue tutelar suficientemente los derechos del perjudicado (25).

Un caso interesante es, igualmente, el de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de febrero de 2003, núm. 216/2003. En cuanto a los hechos, esta sentencia, de especial trascendencia y actualidad, resuelve el recurso contencioso-administrativo contra la Orden de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad de Madrid de 17 de abril de 1997, por la que se hacen públicos los Acuerdos del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid relativos a la aprobación definitiva de la Revisión del PGOU de Madrid. La sentencia estima el recurso y anula «aquellas determinaciones que suponen la desclasificación de los te-

(25) Otro caso: la STC 167/1987 es un ejemplo de reacción frente a supuestos de fraude de ley por la Administración y de posible condescendencia judicial en cuanto al cumplimiento del fallo. En este supuesto, la Administración, frente a la condena del Tribunal Supremo de reponer en su puesto a un funcionario, optó por suprimir la oficina en San Francisco trasladando sus funciones a otra oficina de nueva creación en Los Ángeles, destinando al interesado a los servicios centrales del Departamento. Frente a la decisión del TS de requerir al interesado a que interpusiera un nuevo recurso contencioso-administrativo, el Tribunal Constitucional amparó el derecho del interesado, insistiendo en que la tutela judicial efectiva no puede llevar a que el órgano jurisdiccional se desentienda de la ejecución del fallo. Son casos estos de cumplimientos puramente formales o ficticios, o de «desobediencia disimulada».

En cuanto al papel del TC, conviene precisar que «el punto central del debate, en orden a si se ha producido vulneración del derecho del demandante a la ejecución de la sentencia en sus propios términos, integrante de la tutela judicial efectiva *ex* artículo 24 CE, estriba en determinar si los autos impugnados, dictados por la Sala sentenciadora, como Juez de la ejecución (...) se han apartado o no del significado y alcance de los pronunciamientos de la Sentencia de la que traen causa» (STC 240/1998 y STC 219/1994; STC 73/2000).

Desde un punto de vista indemnizatorio, la anulación judicial de un plan por culpa de la Administración puede acarrear, dado el caso, un serio problema económico para el erario público y, por tanto, para la colectividad, como consecuencia de aplicar el instituto de la responsabilidad administrativa. De ahí que puedan plantearse complejos problemas jurídicos (en la fase de ejecución de sentencias, mediante incidentes) cuando los Ayuntamientos pretendan eludir todo tipo de consecuencia indemnizatoria mientras que al particular le interese resarcirse de los daños que le causa la sentencia a costa del citado Ayuntamiento o le interese beneficiarse (debida o indebidamente, esa es la cuestión) del fallo para exigir una indemnización frente a la Administración (STS de 18 de mayo de 1998, RJ 3850, declarando que la fase procesal adecuada para este tipo de litigios es la de los incidentes, sin proceder el planteamiento de un recurso *ex novo*).

renos clasificados en el Plan General de 1985 como Suelo No Urbanizable de Especial Protección».

En cuanto al fondo, la sentencia se apoya en el carácter reglado del suelo urbano y no urbanizable de protección como límite a la discrecionalidad del planeamiento urbanístico, así como en los oportunos condicionantes medioambientales y, finalmente, en la Memoria del Plan General, como elemento fundamental en este contexto para evitar la arbitrariedad, máxime cuando en el presente caso, a juicio de la Sala, existe una falta de motivación o una motivación defectuosa respecto de la citada desclasificación.

Pero interesa especialmente reflexionar acerca de los cauces de ejecución de esta sentencia de 27 de febrero de 2003 que afecta a cerca de 100.000 viviendas proyectadas (de las que aproximadamente 15.000 cuentan con licencia concedida).

En principio, cabría afirmar (con apoyo en el art. 73 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa) que la anulación del plan no conllevaría necesariamente la de los actos de aplicación no impugnados y devenidos firmes, es decir, las licencias que amparan las edificaciones realizadas y que no fueron recurridas en tiempo y forma. Así se ha argumentado (26), añadiéndose que, por el contrario, es factible una acción popular, en cuyo caso sería irremediable una ejecución de la sentencia, entendiéndose por tal una automática traslación de los efectos de anulación del reglamento o plan urbanístico sobre las licencias y, por tanto, edificaciones realizadas (en el plazo de cuatro años desde el otorgamiento de las licencias una vez que la sentencia deviene firme y se publica en el BO de la CA, en virtud del artículo 304 del RD-Legislativo 1/1992 y del artículo 195 de la Ley 9/2001, de Suelo de la CA de Madrid, de referencia en el presente supuesto), sin que el referido trabajo doctrinal aporte criterio jurídico alguno, para terminar concluyendo: «confiemos en que, esta vez sí, prevalezca el sentido común por encima de todo» (27).

Aunque, como puede apreciarse, comparta esta conclusión de prudencia, el *iter* argumental sería diferente. El resultado de la «prudencia» no sería un resultado *contra legem* que se impone a *pesar de lo que* establece el Derecho. El propio Derecho puede llevar a

(26) T. IVORRA ARDITE, *Algunas cuestiones sobre la sentencia 216/2003, del Tribunal de Justicia de Madrid, de 27 de febrero de 2003*, «Revista de Derecho Urbanístico», núm. 204, septiembre 2003, págs. 11 y ss., y SSTS de 7 de febrero de 2000, RJ 1935, y de 16 de mayo de 2002, RJ 4182.

(27) «Los órganos competentes van a acometer con la necesaria rapidez las actuaciones procedentes para que estas 100.000 viviendas no se vean afectadas. Lo conveniente sería subsanar las presuntas deficiencias advertidas por el TSJ de Madrid tramitando una nueva revisión por fases del PGOU que justificase específica y adecuadamente la no existencia de las condiciones que motivaron la clasificación de los terrenos afectados como Suelo No Urbanizable de Protección» (T. IVORRA ARDITE, *op. cit.*).

justificar esta actitud con una explicación algo más razonable. Sin obviar que no está tan claro que el artículo 73 LJCA implique eliminar toda posible traslación de los efectos de la anulación del plan a los actos dictados en su aplicación (28), tampoco sería cierto, a mi juicio, que por el hecho de proceder procesalmente una acción popular, ésta deba producir las consecuencias jurídicas que pueden a priori atribuírsele como consecuencia de aplicar la teoría de las nulidades con un excesivo rigor (29).

3. ALGUNOS CRITERIOS

Para desarrollar jurídicamente el tema de la ejecución de sentencias pueden presentarse unos criterios que pueden auxiliar a efectos de determinar el grado de ejecución de las sentencias de anulación de reglamentos o planes de urbanismo en el caso concreto.

Así pues, según se manifiesten todas o algunas de las siguientes variantes, el grado de exigencia será mayor o menor en la fase de ejecución de una sentencia que anule un plan en relación con sus actos de aplicación:

- La relación bilateral o triangular de la relación jurídica procesal.

(28) «Aquí (el art. 73) no se están estableciendo los efectos que ha de tener la nulidad de las disposiciones generales sino únicamente los de la sentencia que declara la nulidad de un reglamento»; «el artículo 73 lo que prohíbe es que las sentencias produzcan efectos por sí mismas más allá de lo que es el objeto del recurso contencioso-administrativo en que se dictan. No pueden, por consiguiente, producir efectos directos de anulación sobre los actos de aplicación del reglamento. Pero una vez anulado el precepto reglamentario, sí pueden surgir efectos colaterales o reflejos sobre tales actos que por tanto se derivarán de la sentencia de anulación» (A. A. PÉREZ ANDRÉS, *Los efectos de las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Pamplona, 2000, págs. 223 y 227).

(29) Más bien, el quid estaría en que, aun admitiendo una posibilidad inicial de traslación de la anulación judicial sobre los actos de ejecución del plan, en la línea de los razonamientos expuestos *supra*, dicha anulación no significa automáticamente la anulación de los actos de aplicación, ya que se impone un examen acerca de la posibilidad de convalidar dichos actos o de aplicar otros principios jurídicos incluso superiores que pueden repercutir matizando el rigor inicial del fallo de anulación en la fase de ejecución de sentencias (proporcionalidad, buena fe, seguridad jurídica en especial). Prudencia sí, pero en términos de razonamiento lo más jurídicos posible. En el momento de dictarse el fallo se abren (otras) vías, precisamente, para «poder cumplir» el fallo en un sentido no coincidente con el que implicaría la interpretación o explicación radical de la teoría de las nulidades porque de esta forma nada se conseguiría *de facto*: es por eso mejor rebajar las exigencias pero lograr el cumplimiento efectivo de la parte jurídicamente razonable. Dichas «vías» son en el fondo los modos mismos a través de los cuales se consigue el cumplimiento de la sentencia, cuando pueda ser desproporcionada la erradicación total de los efectos del plan anulado. La ejecución de la sentencia deberá cumplir el fallo «como sea judicialmente posible», atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Desde luego, la fase de la ejecución de sentencias no parece el momento idóneo para solucionar todos los problemas y deficiencias de carácter procesal que va arrastrando el contencioso hasta este momento.

- El ejercicio de la pretensión de anulación o de reconocimiento de situación jurídica individualizada.
- El interés concreto o abstracto del tercero recurrente.
- El carácter individualizado o general del perjuicio.
- El carácter formal o material del vicio reglamentario, la mayor o menor complejidad de subsanación de los vicios formales y la posible o necesaria aplicación o consideración de principios tales como los de seguridad jurídica, buena fe o confianza legítima.

Conviene explicar este sistema procurando conciliar la teoría con la práctica judicial.

Primeramente, pueden diferenciarse las relaciones jurídicas bilaterales de las relaciones jurídicas triangulares. Las relaciones de carácter bilateral se entablan entre la Administración y un sujeto interesado en la anulación del plan urbanístico, a efectos de conseguir, por ejemplo, una calificación de su terreno diferente a la establecida en el plan, o una reclasificación del suelo, o la eliminación de una carga, o la obtención de un mayor beneficio urbanístico, etc. (30). En estos casos, la anulación del plan origina la obligación de la Administración de considerar estas posiciones jurídicas individualizadas y de ahí la conveniencia de ejercitar correctamente la pretensión procesal (de reconocimiento de una posición jurídica individualizada, junto a la de anulación).

Pero en torno a las relaciones jurídicas triangulares se plantea especialmente la problemática del presente trabajo. En estas relaciones jurídicas participa, junto a la Administración, un sujeto (urbanizador, propietario, promotor) interesado en la vigencia del plan urbanístico y un tercero interesado en la anulación del plan (ora un colectivo que representa un interés colectivo o similar o que alega la omisión de un trámite procedimental; ora un propietario disconforme, por ejemplo, con los aprovechamientos establecidos en el plan, etc.).

Esta situación habitual nos permite explicar adecuadamente las modulaciones que puede sufrir la ejecución de las sentencias en aplicación de los principios o circunstancias siguientes:

Primeramente, podrá repercutir el mejor o peor ejercicio de la acción procesal. Si el recurrente interpone una acción de anulación y precisa en su demanda (o incluso anticipadamente en el recurso) el

(30) Tampoco es descartable, en este contexto de las relaciones bilaterales, el supuesto en cuya virtud la anulación de la disposición tenga como consecuencia que sea el particular quien deba restituir a la Administración una cantidad indebidamente abonada o quien deba recomponer una determinada posición jurídica.

contenido de su acción de reconocimiento de una situación jurídica individualizada (por ejemplo, reconocimiento de un mayor aprovechamiento una vez se anule el plan), será más fácil lograr que la sentencia se ajuste al interés real de estos sujetos (obligando al órgano jurisdiccional a pronunciarse sobre la procedencia o no de este tipo de pretensiones) y será más fácil que la fase de ejecución de sentencias sea coherente con el sentido de la pretensión procesal y con la propia sentencia de estimación del recurso.

En segundo lugar, la ejecución se realizará de la forma menos lesiva para el interés público y de los derechos de los sujetos afectados por la anulación. La jurisprudencia citada *supra* aporta ejemplos de sentencias que no admiten la vía de subsanación del vicio cometido (como forma de ejecución de la sentencia) cuando la sentencia *perjudica* «sólo» a un individuo concreto.

No obstante, este criterio de la mayor o menor lesividad de la sentencia sobre la realidad fáctica puede llevar a justificar la vía ejecutoria de la simple subsanación del vicio cometido, en especial cuando concurren también los demás criterios que estamos comentando.

En este sentido, en tercer lugar, habrá que considerar si la anulación se debe a vicios materiales o *sólo* a vicios procedimentales o formales.

En cuarto lugar, será relevante si el recurrente hace valer exclusivamente un interés colectivo o abstracto o difuso o, por el contrario, hace valer un interés directo. El primer caso (por ejemplo, impugnaciones por concejales o por asociaciones ambientales) se sitúa, ciertamente, próximo a un contencioso-administrativo de carácter objetivo o declarativo, ya que el recurrente actúa como un defensor de la legalidad, a pesar de que, en nuestro sistema procesal administrativo, este supuesto se encauce a través del procedimiento general subjetivo de la Ley de 13 de julio de 1998. Conviene también retener que los órganos jurisdiccionales, en la ejecución de la sentencia, no toman la iniciativa, por limitarse a actuar en caso de plantearse algún incidente de ejecución de sentencias. En la primera situación referida dichos incidentes serán menos *probables*.

Por tanto, se admiten distintos grados o niveles en el cumplimiento efectivo de las sentencias en su fase de ejecución, en el fondo aplicando un principio de proporcionalidad que distingue situaciones en función principalmente de las variables que se han comentado.

4. REFLEXIÓN FINAL

Los criterios que acaban de presentarse se imponen, como un primer correctivo, frente al problema referido de la «ejecución» de las sentencias de anulación de planes urbanísticos, conforme al modelo actual predominantemente declarativo de proceso administrativo previsto en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998. Estamos en estos casos ante cauces *lege data* de corrección parcial de un sistema imperfecto.

Por eso, he planteado *lege ferenda* al comienzo de este trabajo un modelo judicial administrativo de carácter preventivo como mejor solución frente a los problemas jurídicos existentes.