

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LAS SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS EN ITALIA (*)

ISAAC MARTÍN DELGADO
Profesor Ayudante de Derecho Administrativo
Doctor Europeo en Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: 1. *Provisionalidad como impedimento para la ejecución.* 2. «*Obbligo di conformarsi*» en las sentencias no firmes.—II. LOS PODERES DEL JUEZ EN EJECUCIÓN PROVISIONAL: 1. *Los «poteri inerenti al giudizio di ottemperanza».* 2. *Las «sentenze non sospese».*—III. CONCLUSIONES: SUJECIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN A LA SENTENCIA EN LA EJECUCIÓN PROVISIONAL.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La ejecución provisional de las sentencias contencioso-administrativas ha sido siempre una de las cuestiones en el ámbito de la justicia administrativa a las que se ha dedicado menor atención, tanto en Italia como en España.

En Italia, sólo con la Ley 205/2000, de 21 de julio, se ha puesto fin a la situación de ausencia de medios de ejecución reales y efectivos para forzar el cumplimiento de las sentencias que aún no han alcanzado firmeza. Es entonces cuando la doctrina ha comenzado a prestar una mayor atención al problema.

En España son pocos los estudios que profundizan en el mismo (1) y, en nuestra opinión, la mayor parte de ellos lo hacen desde una perspectiva que no es completamente correcta, por considerar la ejecución provisional como manifestación de la tutela cautelar y no de la tutela ejecutiva.

De ahí la importancia del estudio del sistema italiano, cuya experiencia puede servir para reintroducir el debate sobre la naturaleza de la ejecución provisional de las sentencias contencioso-administrativas en nuestro país,

(*) El presente estudio es fruto del intercambio italo-español que he tenido oportunidad de disfrutar como estudiante de doctorado de la *Università degli Studi di Bologna*, en condición de colegial del Real Colegio de España. Agradezco los comentarios que han realizado al mismo el Profesor Franco MASTRAGOSTINO y el Profesor Miguel BELTRÁN DE FELIPE. Dedicó estas líneas a todos los compañeros de la SPISA, por sus desvelos hacia «*gli amministratori spagnoli*» y, sobre todo, por su amistad.

(1) Dejando de lado los Comentarios generales a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la única referencia monográfica a la ejecución provisional es el trabajo de MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, *La ejecución provisional de las sentencias en lo contencioso-administrativo*, Civitas, Madrid, 1999.

sobre los medios de los que puede disponer el Juez administrativo para obligar a la Administración a acatar la sentencia y, en definitiva, sobre los términos en que debe dilucidarse la cuestión.

1. *Provisionalidad como impedimento para la ejecución*

Como es sabido, una vez dictada la sentencia, la actividad del órgano implicado queda afectada, vinculada, respecto de la relación jurídica enjuiciada en el proceso que ha dado lugar a la misma. Esa vinculación —que variará, evidentemente, en función del contenido de la sentencia— trae consigo una serie de exigencias, en tanto en cuanto, de un lado, la Administración está obligada a llevar a cabo las actuaciones materiales necesarias para la ejecución del fallo y, de otro, existe el límite negativo que impide anular, eludir o modificar la forma en que ha quedado configurada la relación jurídica a través de la sentencia; la única intervención lícita posible será aquella destinada a dar cumplimiento a la misma (2).

(2) La vinculación negativa rige y es exigible desde el mismo momento de la publicación de la sentencia, mientras que la vinculación positiva puede hacerse valer, por lo que más adelante se dirá, a partir del transcurso de treinta días desde la puesta en mora a la Administración. En definitiva, de la obligación de acatar la sentencia no firme (reconocida expresamente por la jurisprudencia; entre otras, Sentencias TAR Marcas, de 28 de mayo de 1997, n. 394, y TAR Lazio, Sección II, de 2 de octubre de 1998, n. 1553) se deduce la ilegalidad y consiguiente anulación de los actos administrativos que contradigan el fallo. Ejemplo de ello es la Sentencia del TAR Abruzzi, Sección L'Aquila, de 27 de mayo de 1985, n. 225, que, después de declarar la obligación de la Administración de no adoptar actos que sean contrarios al fallo de una sentencia no firme, remite a la vía ordinaria la impugnación de los actos dictados en ejercicio de una potestad discrecional.

La única opinión doctrinal sobre este tema directamente realizada sobre la ejecución provisional corresponde a MARCHETTI, quien entiende que debe distinguirse entre elusión de la sentencia y silencio o pura inactividad de la Administración; en el primer caso se podría interponer recurso de anulación, mientras que en el segundo se podría acudir a la técnica del recurso contra el silencio (*L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, Cedam, Padova, 2000, pág. 155).

Bajo nuestro punto de vista, desde el momento en que la obligación de cumplir el fallo rige también para las sentencias no firmes y el ordenamiento atribuye medios de ejecución forzosa al órgano judicial de ejecución para hacer frente al eventual incumplimiento, queda clara la influencia de la sentencia y de la función jurisdiccional sobre la actividad administrativa, que no podrá contradecir el fallo, bajo pena de nulidad, declarable por el Juez de ejecución. En este sentido, véase la citada Sentencia del TAR Marcas de 28 de mayo de 1997, n. 394, que sostiene la ilegalidad de los actos que reproducen los vicios declarados en la sentencia de cognición.

La Sentencia del Consejo de Estado, Sección V, de 17 de mayo de 2000, n. 2875, afirma igualmente que «lo declarado por el juez administrativo prevalece sobre la resolución emanada por la administración vencida en elusión de la sentencia (no importa si intencionada o no), en el sentido de que el acto elusivo resulta irrelevante y tamquam non esset, (...) en cuanto que aunque tenía relevancia propia de conformidad con los principios generales, en virtud del principio de la prevalencia de la función jurisdiccional, la pierde una vez alcanzada la firmeza de la sentencia, por contener aspectos en contraste con los pronunciamientos del juez».

Y, como indica la Sentencia TAR Lazio, Sección II bis, de 8 de febrero de 2001, n. 1015, en definitiva, el ejercicio de la jurisdicción de ejecución en relación con las sentencias provisionales está encaminado «no a verificar la legalidad o ilegalidad de la actividad administrativa posterior a la sentencia ejecutiva (...), sino a declarar si la administración pública ven-

Por otra parte, de nada sirve la existencia de tal vínculo si el ordenamiento no prevé medios reales y efectivos en manos del órgano judicial, susceptibles de ser puestos en práctica a solicitud del administrado vencedor en el pleito, que puedan forzar ese comportamiento necesario para el cumplimiento del fallo en el caso de que la Administración se niegue a ejecutar o haya ejecutado defectuosamente.

Ese medio, en el sistema italiano, es el poder de sustitución ejercido en el marco del *giudizio di ottemperanza* (3); sin embargo, esta intervención judicial se ha venido tradicionalmente considerando aplicable sólo a las sentencias firmes.

El problema de la ejecución provisional de las sentencias administrativas (4) se planteó ya en relación con las Juntas Provinciales Administrativas (5), y ha sido muy discutido igualmente con las sentencias de los Tribunales Administrativos Regionales (6), por el tenor literal del artículo 33 de

cida ha ejecutado correctamente o no la propia sentencia y, en particular, si ha dictado actos elusivos de la misma y, como tales, no conformes con la pretensión hecha valer».

(3) Se ha optado por no traducir el término *giudizio di ottemperanza*, empleado en el sistema italiano para designar al proceso destinado a dar cumplimiento a las sentencias dictadas contra la Administración tanto por el Juez ordinario como por el administrativo. *Ottemperare*, como ha señalado CHINCHILLA MARÍN, significa «obedecer, cumplir, ejecutar» (en *La ejecución de sentencias en el Derecho italiano: el giudizio di ottemperanza*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 59, 1988, pág. 428, único artículo en la doctrina española dedicado al estudio de este proceso). Por tanto, el *giudizio di ottemperanza* sería el juicio de obediencia, de ejecución, de cumplimiento, de asentimiento. Sin embargo, esta traducción no abarcaría completamente el verdadero significado de esta figura, porque no es sólo un juicio, en el sentido de conocimiento de una causa litigiosa en la que el Juez pronuncia una sentencia, ni es simplemente de cumplimiento, u obediencia, o ejecución, o asentimiento, pues en él se sustancia algo más que la mera realización material del fallo.

En la doctrina española, la expresión *giudizio di ottemperanza* ha sido traducida como «juicio de cumplimiento» por parte de GONZÁLEZ MARIÑAS, *La inejecución de sentencias de los Tribunales contencioso-administrativos*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1975, pág. 29.

(4) La doctrina italiana discute sobre la utilización de dos términos diferentes para designar a la aplicación de los poderes del Juez para dar cumplimiento a las sentencias que aún no han alcanzado firmeza: ejecución «provisional» y ejecución «inmediata» (vid. R. Ursi, en *L'esecuzione immediata della sentenza amministrativa*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, pág. 10). Aquí no se entrará en esa polémica y se empleará el término utilizado en el sistema español, que es el de ejecución provisional, referida esa provisionalidad tanto a la sentencia que se ejecuta, en tanto en cuanto susceptible de ser modificada en sede de apelación o casación, como a las propias medidas de ejecución, dado que su consolidación definitiva también depende de la decisión del órgano judicial que está conociendo del asunto en segunda instancia.

(5) Para una exposición del mismo, con citas de doctrina y jurisprudencia de la época, vid. Ursi, en op. cit. *L'esecuzione immediata...*, págs. 44 a 61.

Las denominadas Juntas Provinciales Administrativas se crearon en 1890 con funciones en materia de control de los entes locales y competencia jurisdiccional en casos muy concretos. Fueron declaradas inconstitucionales en tres pronunciamientos de 1967 y 1968 y sustituidas por los Tribunales Administrativos Regionales con la Ley de 1971.

(6) Explicar calmadamente la composición y funcionamiento del sistema de justicia administrativa italiano escaparía del ámbito de este estudio. Baste decir, a efectos meramente informativos, que de los asuntos en los que está implicada la Administración concen tanto el Juez civil ordinario como el Juez administrativo (Tribunales Administrativos Regionales, que son los órganos de primera instancia, y Consejo de Estado, órgano de apelación, con carácter general) en función de que se sustancie un derecho subjetivo o un inte-

la Ley de 6 de diciembre de 1971, n. 1034, que dispone, en sus dos primeros apartados, lo siguiente:

«Las sentencias de los tribunales administrativos regionales son ejecutivas.

El recurso de apelación al Consejo de Estado no suspenderá la ejecución de la sentencia recurrida».

Como puede apreciarse, el artículo reproducido reconocía la ejecutividad de las sentencias que aún no habían adquirido firmeza, pero no preveía ningún medio para proceder a su materialización en caso de que no fueran cumplidas voluntariamente por la Administración (7).

Ejecutividad implica capacidad del mandato judicial de ser actuado (*forza cogente*) (8), para producir los efectos que el ordenamiento le atribuye

rés legítimo, respectivamente, con la excepción de los supuestos que se enmarcan dentro de la denominada jurisdicción exclusiva, donde es este último el que conoce tanto de derechos subjetivos como de intereses legítimos (jurisdicción que existe con carácter limitado para aquellas materias establecidas legalmente).

La relevancia del reparto jurisdiccional radica principalmente en el tipo de sentencia que puede emitir el órgano jurisdiccional. El Juez civil solamente puede condenar al pago de una indemnización por los daños causados por la actividad o inactividad administrativa al desconocer el derecho subjetivo del administrado, sin posibilidad de anular el acto administrativo; de ello se encarga la jurisdicción contencioso-administrativa a través de un recurso especial, el recurso de *ottemperanza*, creado específicamente a tales efectos y después extendido a las sentencias administrativas. El Juez administrativo, por su parte, conocía de las vulneraciones a intereses legítimos, y tenía la facultad de anular el acto administrativo ilegal, pero no de condenar a la Administración por los daños causados por el mismo (salvo en sede de jurisdicción exclusiva). Sin embargo, a partir de la Sentencia de la Corte de Cassazione 500/1999 y la confirmación legislativa operada por parte de la Ley 205/2000, de 21 de julio, también puede realizar este tipo de condena, con lo que la distinción típicamente característica del sistema italiano está empezando a perder su sentido.

Éstas son, a muy grandes rasgos, las líneas generales del reparto competencial entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción administrativa. Para una mayor profundización, vid. A. SALERNO y R. MORENO FUENTES, *La responsabilidad de la Administración por daños que afectan a «intereses legítimos» en el sistema italiano: ¿un cambio revolucionario?*, núm. 152 de esta REVISTA, 2000, pág. 421, y M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, *Nuevas tendencias de la justicia administrativa en Italia: hacia algunas quiebras de la distinción entre intereses legítimos y derechos subjetivos*, núm. 154 de esta REVISTA, 2001 (págs. 501 a 540).

(7) Ello llevó a una absoluta incertidumbre tanto sobre la posibilidad o imposibilidad de proceder a la ejecución de las sentencias no firmes como sobre las vías para forzar a la Administración a dar cumplimiento a las mismas. Consecuencia directa de ello fue la constante contradicción —doctrinal y jurisprudencial— sobre la materia. Hasta tal punto era así que —afirma SANDULLI— «ningún abogado se encuentra hoy en día en grado de responder con total seguridad a su defendido si y en qué forma podría conseguir la ejecución de una sentencia administrativa —aún declarada expresamente “ejecutiva” por la ley— que no ha alcanzado todavía firmeza» («Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo», en *Scritti Giuridici*, vol. V, *Diritto Amministrativo*, Jovene Editore, Napoli, 1960, pág. 646).

En el ámbito civil, hasta 1993 (fecha en que entró en vigor la reforma operada en 1990 sobre el art. 282 del *Codice di Procedura Civile*), ni siquiera se preveía la posibilidad de ejecutar provisionalmente la sentencia.

(8) MAZZAROLLI, en *Diritto Amministrativo*, vol. II, Monduzzi Editore, 2001, pág. 2104. SANDULLI es igualmente claro en este sentido; según él, ejecutividad significa que las sentencias son inmediatamente eficaces y deben ser llevadas a efecto de manera igualmente inmediata (op. cit. «Il problema dell'esecuzione...», pág. 654).

ye (9) y, por definición, debe suponer la existencia de instrumentos para conseguirlo. Sin embargo, la imposibilidad de aplicar el *giudizio di ottemperanza* a las sentencias que aún no habían alcanzado firmeza [defendida por gran parte de la doctrina y por la jurisprudencia mayoritaria, tanto de los Tribunales Administrativos Regionales —TAR, en adelante— como del propio Consejo de Estado (10)] hacía que la ejecución de las mismas quedara en manos de la Administración, limitándose a ser, pues, meras declaraciones de intenciones (11).

La propia Corte Constitucional italiana declaró la constitucionalidad del sistema, por entender que la exigencia de firmeza para permitir la aplicación del *giudizio di ottemperanza* entraba dentro de la discrecionalidad del legislador (12).

(9) G. PALEOLOGO, «Sospensione dell'esecuzione della sentenza amministrativa», en VOZ «SOSPENSIONE DELL'ESECUZIONE», *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXIX, pág. 1.

(10) Dos eran los argumentos para ello: el tenor literal del apartado 4 del artículo 27 del Real Decreto de 1924, que hacía referencia al «*giudicato*» —esto es, a la sentencia firme—; y la forma en que estaba configurado el propio *giudizio di ottemperanza*, en tanto en cuanto se entendía que los amplios poderes de que podía hacer uso el Juez administrativo en aplicación del mismo exigían la plena estabilidad y certeza de la resolución objeto de ejecución. Con mucha claridad lo expresa PIRAINO, quien mantiene que la conexión entre sentencia firme y *giudizio di ottemperanza* «nace de la exigencia de evitar que el instrumento jurídico destinado a conseguir la obediencia coaccionada de la Administración al contenido de la sentencia, resulte ineludiblemente operante antes de que el pronunciamiento judicial haya conseguido certeza jurídica (...). Y ello puede ocurrir sólo a través del denominado “*passaggio in giudicato*” de la sentencia» («Esecutività e giudicato nelle sentenze del giudice amministrativo», en *Il processo amministrativo. Scritti in onore di Giovanni Miele*, Giuffrè, Milano, 1979, pág. 477).

En opinión de TRAVI, esta interpretación era insatisfactoria, principalmente por el riesgo de que el deber de ejecución (derivado del art. 33 de la Ley de 1971) quedase sin sanción y sin garantía alguna («L'esecuzione della sentenza», en *Tratato di Diritto Amministrativo*, Diritto Amministrativo Speciale, a cargo de S. CASSESE, tomo IV, Giuffrè, Milano, 2000, pág. 3550).

(11) Tanto la doctrina como la jurisprudencia negaron, además, la posibilidad de aplicar los principios del proceso civil reguladores de la ejecución provisional a las sentencias administrativas.

(12) Efectivamente, en su Sentencia de 12 de diciembre de 1998, n. 406, la *Corte Costituzionale* fue llamada a pronunciarse sobre la constitucionalidad de los artículos 37 de la Ley de 1971 y 27 del Real Decreto de 1924, en relación con la exigencia de firmeza como requisito imprescindible para la aplicación del *giudizio di ottemperanza*, por su posible contradicción con los artículos 24, 103 y 113 de la Constitución italiana. El pronunciamiento se gestó a partir de una cuestión de constitucionalidad presentada por un Tribunal Administrativo Regional en el seno de un proceso en el cual, declarada la nulidad de una concesión de servicio público, la Administración se había negado expresamente a dar cumplimiento a la sentencia, recurrida en apelación. El máximo órgano constitucional, partiendo de la imposibilidad de equiparar las sentencias administrativas a las civiles por la extraordinaria incidencia de los poderes de sustitución en manos del Juez administrativo (y excluyendo, en consecuencia, la aplicación de las normas del proceso civil sobre ejecución provisional al proceso administrativo), afirma que «no esiste un principio (constitucionalmente rilevante) de necesaria uniformidad de las reglas procesales de los distintos tipos de procesos (civil y administrativo), pudiendo los respectivos ordenamientos procesales diferenciarse sobre la base de una elección racional del legislador, derivada del tipo de configuración del proceso y de las situaciones relacionadas con el juicio, a condición naturalmente de que los principios fundamentales de garantía y efectividad de la tutela no resulten vulnerados». Como consecuencia de lo cual, «limitar el ámbito del *giudizio di ottemperanza* (...) a la sentencia firme, entendida como aquella que ha alcanzado el grado de cosa juzgada, es una interpretación plausible (...). Tal limitación constituye una elección que entra en la discrecionalidad le-

Ello llevó a la doctrina a afirmar la existencia de un espacio reservado para la Administración donde el órgano judicial no podía entrar. Éste es el sentido de la «reserva de Administración» a la que hace referencia MARCHETTI (con anterioridad a la reforma legislativa operada por la Ley 205/2000, que trataremos inmediatamente) para designar la capacidad discrecional de actuación que posee la Administración en relación con el cumplimiento de las sentencias que aún no han adquirido firmeza, de la cual se deduce la ausencia de posibilidad alguna de ejercer coacción por parte del órgano judicial sobre la actividad administrativa (13). De esta manera, existiría un ámbito de la actividad administrativa, que se correspondería con el ámbito de la discrecionalidad, donde la única actuación posible debería ser llevada a cabo por la Administración, sin intromisión alguna en el mismo por parte del Juez.

Esa reserva no tiene sentido tal y como está configurado el sistema actualmente: la actividad administrativa está vinculada al contenido (mediato e inmediato) de la sentencia judicial, de tal manera que cuando esa afectación no lleve a la Administración a adecuar voluntariamente su actividad al fallo entrarán en juego los poderes de ejecución del Juez. Es evidente que la sentencia vincula a la Administración, que tiene obligación de ejecutarla, pues éste es el sentido que debe darse a la ejecutividad de la que habla el artículo 33. Y, tras la reforma del 2000, el ordenamiento prevé medios para forzar el cumplimiento de la misma.

Efectivamente, la inexistencia de medios de ejecución ha sido resuelta con la Ley de 21 de julio de 2000, n. 205 (14) —precisamente promulgada por el legislador en ejercicio de la discrecionalidad de que hablaba la Corte

gislativa, en cuanto que no está vinculada sobre el plano constitucional, siendo libre el legislador de adoptar sistemas particulares de ejecución en vía administrativa de las sentencias dictadas frente a las administraciones públicas». Además, concluye afirmando que existen otros medios que garantizan igualmente la tutela judicial del administrado, como la impugnación de los actos que vulneren la sentencia, la tutela cautelar, o la responsabilidad civil o penal de la Administración o de sus funcionarios. En consecuencia, estima la legitimidad constitucional de los artículos mencionados.

Para un comentario a esta sentencia, desde la perspectiva del interés del administrado, vid. GOISIS, «Interessi pretensivi ed esecutività della sentenza di primo grado», *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 4, 1999 (págs. 1130 a 1173).

(13) Op. cit. *L'esecuzione della sentenza amministrativa...*, pág. 11. Nótese que esa misma situación de ausencia de medios de ejecución se daba inicialmente también para las sentencias firmes, en una interpretación restrictiva del artículo 88 del Reglamento de Procedimiento del Consejo de Estado, de 17 de agosto de 1907, n. 642, en virtud del cual «la ejecución de las decisiones se realiza en vía administrativa, excepto en lo relativo a las costas». La interpretación originaria de este artículo, por la época en la que fue promulgado, era ciertamente restrictiva, llegando a significar la ausencia de todo tipo de mecanismo coactivo de ejecución frente a la Administración Pública. Sencillamente, no existía la ejecución forzosa frente a la Administración y sólo ella era la responsable de la ejecución. Aun cuando el artículo sigue vigente, su interpretación ha ido evolucionando hasta el momento actual, en que se entiende que el sentido del mismo consiste en establecer una obligación de ejecutar para la Administración.

(14) Ley que supone, en palabras de C. ADAMO, «la primera intervención legislativa con carácter armonizado sobre el proceso administrativo» («Giudizio di ottemperanza delle sentenze non passate in giudicato», publicado en www.giust.it/articoli/adamo_ottemperanza.htm, pág. 1; última fecha de consulta: 13 de mayo de 2003).

Constitucional—. En concreto, su artículo 10 añade un apartado más (el 5.º) al artículo 33 de la Ley de 1971, en virtud del cual:

«Para la ejecución de las sentencias no suspendidas por el Consejo de Estado el tribunal administrativo regional ejercerá los poderes propios del giudizio di ottemperanza a la sentencia contemplados en el art. 27, primer apartado, número 4), del texto único de las leyes sobre el Consejo de Estado, aprobado por el real decreto de 26 de junio de 1924, n. 1054, y posteriores modificaciones» (15).

No se estudiará aquí la evolución doctrinal y jurisprudencial (16) sobre la ejecución provisional de las sentencias administrativas, por ser un argu-

(15) Aunque este artículo sólo hace referencia a los Tribunales Administrativos Regionales, entendemos que es igualmente aplicable a las sentencias del Consejo de Estado recurridas ante la Corte de Casación. Por tanto, las consideraciones que se hagan con respecto a los primeros valen igualmente para el segundo.

En este sentido, C. E. GALLO, «L'esecuzione delle sentenze non passate in giudicato», *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 11, 2000, págs. 1099 y 1100, y MARCHETTI, «I rimedi a garanzia dell'esecuzione delle pronunce del giudice», en AA.VV., *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2001, pág. 153.

Esta última autora es partidaria, además, de la extensión de este remedio a la ejecución provisional de las sentencias dictadas contra la Administración por el Juez ordinario: op. cit. *L'esecuzione della sentenza amministrativa...*, pág. 286. De la misma opinión, SASSANI, en «Le nuove discipline processuali del silenzio e dell'esecuzione della sentenza», publicado en www.judicium.it/archivio/Sassani1.html, pág. 11 (última fecha de consulta: 15 de mayo de 2003), y NIGRO, op. cit. *Giustizia Amministrativa*, 6.ª edición, a cargo de E. CARDI y A. NIGRO, pág. 335.

Discrepa de la posibilidad de extensión del contenido de este precepto para el Consejo de Estado la Sentencia del TAR Campania de 26 de enero de 2001, n. 462, por entender que el artículo 10 de la Ley 205/2000 contiene una previsión de carácter procesal, no susceptible de extensión analógica. Por su parte, ROCCO mantiene que esta ausencia de regulación expresa lleva consigo la aplicación de la acción de ejecución para las sentencias del Consejo de Estado, algo que debe valorarse negativamente, por su claro perjuicio al derecho a la tutela judicial del administrado, por el alcance más limitado de la misma («Commento all'articolo 10», *La Giustizia Amministrativa, Commento alla L. 21 luglio 2000*, n. 205, a cargo de V. ITALIA, Giuffrè, Milano, 2000, pág. 271).

(16) Jurisprudencia inicialmente partidaria de la aplicación del *giudizio di ottemperanza* a la ejecución provisional de sentencias, pero rápidamente corregida y convertida en minoritaria. Efectivamente, la Sentencia de 21 de marzo de 1969, n. 10, admitió la extensión del mismo a las sentencias no firmes (afirmando que «*resultaría extraño e ilógico que cuando el pronunciamiento jurisdiccional se inserta en la actividad de la administración y ha sido concluido en la más alta forma de manifestación de la voluntad del Estado, cual es la sentencia, sólo porque existe una posibilidad de que pueda ser revocada, la voluntad del Estado deba permanecer inoperante*»), y fue seguida por algunos pronunciamientos de distintos Tribunales Administrativos Regionales (entre otros, TAR Lombardia, Sección Milán, de 26 de octubre de 1982, n. 999, y de 22 de abril de 1982, n. 143; y TAR Lazio, Sección II, de 17 de febrero de 1982, n. 193). La Sentencia del Consejo de Estado fue anulada por la Corte de Casación (Sentencia de las *Sezioni Unite* de 18 de septiembre de 1970, n. 1563), dejando paso así a la Sentencia del Consejo de Estado de 23 de marzo de 1979, n. 12, que fue la primera en afirmar que «*el ámbito de ejecutividad de las decisiones en primera instancia o en apelación no coincide con aquél del giudizio di ottemperanza (...); por tanto es inadmisibile el recurso de ottemperanza donde la decisión (del TAR o del Consejo de Estado) no haya alcanzado firmeza*». Posteriormente, el mismo Consejo de Estado, llamado a pronunciarse sobre la posible incompatibilidad de la exigencia de firmeza para la entrada en juego del *giudizio*

mento tratado en profundidad por la doctrina italiana (17) y, sobre todo, porque la mayor parte de los problemas que se planteaban han sido eliminados con la reforma operada por la Ley 205/2000. En consecuencia, centraremos este análisis en la obligación de la Administración de acatar la sentencia y en los poderes de que puede eventualmente hacer uso el Juez para forzar a la Administración a cumplir tal obligación cuando ésta no lo haga voluntariamente.

2. «*Obbligo di conformarsi*» (18) en las sentencias no firmes

La obligación de conformarse a la sentencia del Juez administrativo conlleva, en el caso de las sentencias firmes, la exigencia de adoptar los actos administrativos necesarios para la materialización del fallo, de tal manera que la situación de hecho sea equiparada a la situación de Derecho en los términos exactos establecidos en la sentencia (o derivados de ella). En el caso de que la Administración se niegue a ello, el ordenamiento jurídico atribuye a los TAR y al Consejo de Estado jurisdicción de *merito* (19), lo

di ottemperanza con el principio de ejecutividad de las sentencias no firmes proclamado en el artículo 33 de la Ley de 1971, afirmó en su Sentencia de 27 de enero de 1997, n. 9 —siguiendo a la Corte Constitucional—, que «*concurrer, por tanto, intereses, contrapuestos a aquéllos de la parte vencedora en relación con la inmediata ejecución coactiva de la sentencia, a la no modificación de la realidad jurídica y fáctica si no es en presencia de una sentencia firme. La ponderación de estos intereses contrapuestos entra dentro de la discrecionalidad del legislador*». No obstante, a pesar de este pronunciamiento, el propio órgano judicial no descartó la que después ha sido realidad con la Ley 205/2000: «*ello no impide que, de jure condendo, con el objetivo de reforzar la tutela procesal de la parte vencedora, la modificación de la anterior regla sea posible o ausplicable*».

(17) Entre otros, vid. B. MARCHETTI, op. cit. *L'esecuzione della sentenza amministrativa...*, págs. 81 a 142; G. DE GIORGI CEZZI: «L'esecuzione immediata delle sentenze di primo grado», en *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, en F. CARINGELLA y M. PROTTO, Giuffrè, Milano, 2002, págs. 1095 a 1121; C. E. GALLO, op. cit. *L'esecuzione delle sentenze non passate...*, págs. 1096-1097, y R. URSI, en «Esecuzione delle sentenze non passate in giudicato», *La riforma della Giustizia Amministrativa in Italia ed in Spagna*, Atti del convegno di studi italo-spagnolo, Palermo, 19-20 marzo 2001, en S. RAIMONDI y R. URSI, G. Giappicelli Editore, Torino, 2002, págs. 414 a 427; y ahora, en op. cit. *L'esecuzione immediata...*, págs. 11 a 131, autor este último que realiza un profundo y documentado análisis de la doctrina tanto civilista como administrativista, y de la jurisprudencia sobre la materia.

(18) Esta expresión, común en la doctrina italiana, está tomada del artículo 4 de la Ley de 20 de marzo de 1865, n. 2248, aún vigente, en virtud del cual «*el acto administrativo no podrá ser revocado o modificado si no es sobre la base de un recurso ante las autoridades administrativas competentes, que se conformarán a la sentencia de los tribunales en cuanto al caso resuelto*».

El sentido originario del precepto se limitaba en su aplicación a las sentencias dictadas por el Juez ordinario —la mencionada Ley abolió la jurisdicción administrativa en Italia—; sin embargo, tras la reforma de 1889, y la atribución posterior de carácter jurisdiccional a las decisiones del Consejo de Estado, esta obligación de acatar la sentencia se extendió igualmente al ámbito administrativo, hasta llegar a ser reconocida expresamente por el artículo 37 de la Ley de 1971.

(19) La palabra *merito* puede ser traducida al castellano como oportunidad. Las siguientes palabras de LESSONA explican muy bien el significado de este tipo de jurisdicción y sus diferencias con la jurisdicción de *legittimità* o de legalidad: «La jurisdicción de legitimidad y de mérito se diferencia tanto por el poder de cogn[i]ción como por el poder de deci-

que les permite, ante el silencio de la Administración —o ante la actividad de ejecución defectuosa o elusiva de la sentencia—, proceder a individualizar esos actos exigidos por la sentencia para dar cumplimiento a la misma, y a adoptarlos por sí o por medio de comisario.

Esta amplitud de poderes, sin embargo, ha estado siempre unida a la existencia de una sentencia definitiva, firme, irrevocable y, en general, estable.

En el caso de las sentencias no firmes, como se ha apuntado antes y ahora se va a tratar con mayor profundidad, el problema que se plantea es si la vinculación de la actividad administrativa a las mismas es o no tan amplia como en el caso de aquellas que ya han alcanzado firmeza. No hay duda hoy en día de que la sentencia, por definición, es imperativa; lo que cabe cuestionarse, en cambio, es el alcance de esa imperatividad (20).

En estos supuestos, los elementos que deben ser tenidos en cuenta para dar una respuesta a esta pregunta son cuatro: el hecho de que, aunque no firme, existe una sentencia que contiene el pronunciamiento de un órgano judicial que es intrínsecamente imperativo (21); el interés de la parte beneficiada por la misma en ver cumplida la ventaja que ésta le otorga y, sobre todo, en que la efectividad del fallo no se vea frustrada; relacionado con el anterior, la excesiva duración de los procesos de apelación, que hace que la demora de la ejecución de la sentencia hasta el momento en que ésta sea confirmada en tal sede pueda resultar excesivamente dañosa para el administrado (22); y, finalmente, el riesgo que conlleva la posibilidad de que esa sentencia sea modificada total o parcialmente en sede de recurso.

sión. En cuanto al primero, con la jurisdicción de legitimidad se conoce de la conformidad o disconformidad del acto administrativo con la norma jurídica; con el de mérito se conoce de la oportunidad y justicia del mismo acto. En cuanto al segundo, con la jurisdicción de legitimidad se pronuncia, si el acto se reconoce ilegítimo, la anulación del mismo acto, mientras que con la jurisdicción de mérito se le revoca y reforma, con la consiguiente sustitución del acto injusto o inoportuno» (*La ejecución de sentencias y decisiones en la justicia administrativa italiana*, en el núm. 13 de esta REVISTA, 1954, pág. 108). La jurisdicción de mérito conlleva, pues, la atribución al Juez de la ejecución de facultades para examinar la oportunidad del acto administrativo en cuestión, valorando las razones por las que ha sido dictado e, incluso, permitiéndole la ponderación de los intereses y circunstancias concurrentes y la adopción de una decisión de fondo en consecuencia.

(20) No siempre ha sido así. RANELLETTI, por citar uno de los autores más representativos, se mostró contrario al reconocimiento de la obligación de acatar la sentencia cuando ésta no era firme. Y la propia jurisprudencia así lo estimó también («Sulla esecuzione in via amministrativa delle decisioni del Consiglio di Stato e delle Giunte Provinciali Amministrative», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, vol. I, 1951, pág. 78).

(21) Ahora bien, aunque imperativo, insistimos, no es firme y, en consecuencia, la ejecución del mismo de forma voluntaria por la Administración no implica aquiescencia ni impide la interposición del correspondiente recurso por parte de la misma (Sentencia del Consejo de Estado, Sección V, de 26 de junio de 1992, n. 582, y, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 205/2000, Sentencia del Consejo de Estado, Sección VI, de 1 de febrero de 2002, n. 564).

(22) NIGRO afirma con claridad que no conviene retrasar en el tiempo la eficacia de las sentencias, aun cuando no hayan adquirido firmeza, pues «la utilidad de la justicia administrativa, para todas las partes, y no sólo para el particular, depende también de la rapidez de la misma, que es sobre todo rapidez en la traducción de los pronunciamientos judiciales en la realidad de la vida administrativa» (op. cit. *Giustizia Amministrativa*, 6.ª edición, en E. CARDI y A. NIGRO, pág. 334).

En consecuencia, sobre la base de estos elementos, debe determinarse hasta dónde llega la obligación de acatar la sentencia no firme por parte de la Administración.

La doctrina ha distinguido en este punto entre *esecuzione* y *ottemperanza* para designar las consecuencias que se derivan de la vinculación de la actividad administrativa a la sentencia (23). La diferencia entre una y otra vendría dada por la existencia o no de discrecionalidad en el cumplimiento del fallo. Ejecutar la sentencia equivaldría, pues, a llevar a cabo las consecuencias directas e inmediatas que se derivan del fallo judicial, respecto de las cuales la Administración no tiene ninguna facultad discrecional de elección sobre si aplicarlas o no, ni sobre la forma de hacerlo; obtemperar, en cambio —permítasenos aquí traducir literalmente el término—, supone adaptar la situación de hecho a la de Derecho, tal y como se deriva de la sentencia, para lo cual puede resultar necesaria la adopción de actos y decisiones discrecionales en tanto en cuanto la Administración posee libertad para elegir cuáles deben ser y cómo han de aplicarse (24).

Esta clasificación fue tomada por la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias y aplicada a las sentencias provisionales, de tal manera que se mantuvo que éstas eran susceptibles de ejecución, pero no de *ottemperanza*; esto es, la Administración sólo tendría obligación de cumplir con las consecuencias que se deducen inmediatamente del fallo, pero nada más (25). Y, por derivación, el órgano judicial sólo podría obligar a la Ad-

(23) El autor originario de la misma fue A. M. SANDULLI (en «Il problema dell'esecuzione...», págs. 649 y 650), quien la formuló con carácter general para la ejecución de las sentencias dictadas frente a la Administración, si bien fue tomada por la doctrina para aplicarla a la ejecución provisional.

La propia jurisprudencia adoptó esta distinción. Entre otras, Sentencias del TAR Basilicata de 7 de julio de 1990, n. 114, y del TAR Lombardía, Sez. Brescia, de 20 de enero de 1990, n. 12.

Para una explicación más detallada sobre la misma y sus consecuencias sobre la imposibilidad de sustituir la actividad discrecional de la Administración en ejecución provisional, vid. B. MARCHETTI, en op. cit. *L'esecuzione della sentenza amministrativa...*, págs. 214 a 216.

Esta distinción está hoy en día superada (en tal sentido, SASSANI, que afirma que la adición al artículo 33 de la Ley de 1971 operada por la Ley 205/2000 «elimina de raíz la posibilidad de distinguir entre una acción de ejecución y una acción de *ottemperanza*, permitiendo incluso obtener una limpieza conceptual impedida por la inútil duplicación de figuras», en «Il regime del silenzio e l'esecuzione della sentenza», en *Il processo davanti al giudice amministrativo*, en SASSANI y VILLATA, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, pág. 312).

(24) Un ejemplo sencillo sería el supuesto de anulación de la concesión de un contrato público de obra por no haber permitido la participación de una determinada empresa al entender la Administración, incorrectamente, que no cumplía con los requisitos para ello. En tal caso, no sólo debe permitirse la participación de la misma en el concurso y retrotraer las actuaciones al momento en que se produjo la exclusión ilícita, sino que, además, deberá decidir la Administración qué hacer con el concreto contrato que ya se está ejecutando, determinar si procede o no a paralizar la obra hasta que se resuelva de nuevo la concesión, apreciar si afectaría o no la participación de la empresa excluida en la misma, etc.

(25) MARCHETTI, op. cit. *L'esecuzione della sentenza amministrativa...*, pág. 158.

En contra de esta ausencia de poderes, derivada de la distinción entre ejecución y *ottemperanza*, G. AVANZINI (en «L'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo non passate in giudicato tra diritto positivo ed effettività della tutela», en *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2, 1999, págs. 1258 a 1260), para quien sería preferible la extensión del *giudizio di ottemperanza* a las sentencias no firmes. La autora va más allá al afirmar que

ministración a este extremo, pero nada más. En otras palabras, la tutela judicial ejecutiva sería distinta en función de la existencia o no de firmeza en la sentencia: la obligación de conformarse a la sentencia no firme implicaría simplemente la necesidad de adopción por parte de la Administración de los actos reglados deducidos directamente del fallo judicial (26), y la ejecución forzosa, en su caso, sólo podría llevar a la adopción por parte del Juez de medidas encaminadas a dar cumplimiento a los mismos. Sólo con la acción de ejecución (27), inventada por los propios Tribunales Ad-

«un sistema como el procesal administrativo, en tanto que privado de instrumentos que permitan una plena actuación de las sentencias ejecutivas, aun no firmes, parece contrario a los artículos 113 y 24 de la Constitución, y se traduce en la negación de la tutela del ciudadano en relación con un aspecto esencial de la misma» (*ibidem*, pág. 1262).

(26) Ejemplos típicos serían la reincorporación del funcionario a su puesto de trabajo tras la anulación del acto de separación del servicio o la devolución de la cantidad pagada en concepto de multa ilegalmente impuesta y anulada.

(27) Desde la entrada en vigor de la Ley de 1971, tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias señalaron la inexistencia de medios de ejecución forzosa para obligar a la Administración a llevar a cabo las actuaciones necesarias para la materialización del fallo. Dado que el *giudizio di ottemperanza* era sólo aplicable al *giudicato*, esto es, a las sentencias firmes, el ordenamiento jurídico adolecía de una laguna a este respecto. Fue la jurisprudencia de algunos Tribunales Administrativos Regionales la que comenzó en la década de los ochenta (en ausencia de disposición legal y sobre la simple base de la imperatividad inherente a toda sentencia, como señala la Sentencia del TAR Piemonte, Sección II, de 27 de octubre de 1995, n. 569) a introducir una nueva acción, basada en la que ya se había introducido para la ejecución de las medidas cautelares (Sentencia del Consejo de Estado, *Adunanza Plenaria*, de 30 de abril de 1982, n. 6), que se tramitaría a través de un nuevo recurso ordinario, en virtud de la cual el administrado podía solicitar del Tribunal la adopción de las medidas necesarias para ejecutar la sentencia. Y ello partiendo de la incoherencia que suponía la posibilidad de aplicar medidas de ejecución de una simple resolución cautelar y la inexistencia de medida alguna para el caso de una sentencia que, aun no siendo firme, resuelve el fondo del asunto. Se creó así (a golpe de «normación jurisprudencial», en conocida expresión de NIGRO) la llamada acción de ejecución, cuyos parámetros, tanto procesales como de fondo —poderes—, fueron delineándose en distintas sentencias, hasta llegar a su reconocimiento por parte del Consejo de Estado, en su Sentencia, Sección IV, de 3 de mayo de 1999, n. 767. Para un comentario a la misma, vid. FORLENZA, «L'Amministrazione deve rispettare la pronuncia giurisdizionale», *Guida al Diritto-Il Sole-24 ore*, n. 28, 1999, pág. 88.

Una de las primeras de esas sentencias es la del TAR Lazio, Sección I, de 23 de noviembre de 1989, n. 1705, que admite la posibilidad de garantizar la eficacia inmediata de las sentencias provisionales a través de la aplicación de los poderes cautelares del Juez, como si de la ejecución de una medida cautelar se tratase. Así, éste adoptaría las medidas que considerase más oportunas para anticipar total o parcialmente los efectos de la sentencia a favor del administrado, eso sí, salvo interposición del recurso de apelación, en cuyo caso tal posibilidad pasaría al Juez de la apelación. Para un comentario a esta sentencia, vid. BRANCA, «Verso l'esecutività della sentenza amministrativa», en *Foro Amministrativo*, n. 6, 1990 (págs. 1556 a 1558).

No analizaremos con detalle en qué consistía la acción de ejecución porque entendemos que la aplicación del artículo 33, tal y como ha sido modificado por la Ley 205/2000, supone la existencia de un medio más eficaz —por estar menos limitado en su ámbito de aplicación y en los poderes de que pueden hacerse uso con el mismo— que desplaza a aquél. Baste decir que se trataba de un proceso distinto del *giudizio di ottemperanza* en el que, con las formas del proceso ordinario, el particular vencedor en el pleito, ante la inactividad, retraso o elusión del cumplimiento de la sentencia, solicitaba del órgano judicial la adopción de las medidas necesarias para asegurar «*medio tempore*» la efectividad de la misma, incluyendo entre ellas la sustitución de la Administración a través del nombramiento de un comisario y, eso sí, limitadas siempre a las consecuencias regladas del pronunciamiento judicial.

ministrativos, se consiguió mitigar esta clara deficiencia del sistema jurisdiccional italiano.

Una vez modificada la normativa reguladora de la ejecución provisional de las sentencias administrativas, sin embargo, esta distinción y esta división no son de aplicación a la nueva realidad introducida con la misma. Si se prevén poderes más amplios es porque se ha querido que la obligación de conformarse sea más amplia; es más, si se prevén los mismos poderes es porque la obligación de conformarse es la misma.

En nuestra opinión, la obligación de ejecutar la sentencia que aún no ha alcanzado firmeza no es más restringida que la que existe en el supuesto de sentencias firmes (28); en uno y otro casos, la Administración debe adecuar la situación de hecho a la de Derecho tal y como ha sido determinada en la sentencia, porque el carácter obligatorio de la sentencia no depende de su firmeza, sino que se deriva de su propia naturaleza de mandato judicial, manifestación del ejercicio de la potestad jurisdiccional. En uno y otro casos, no sólo se veta el hecho de que la actividad administrativa contradiga lo dispuesto en el fallo, sino que, además, esa actividad administrativa debe ser encaminada a materializar el mismo. De esta manera, el administrado tendría derecho a la ejecución del fallo, lo que se traduciría en la adecuación de la situación concreta enjuiciada en la sentencia a lo declarado en la misma; y esa ejecución debe ser llevada a cabo voluntariamente por la Administración; cuando no lo haga o lo haga defectuosamente, entrará en juego la actividad judicial ejecutiva (29). Así, la ejecución de la sentencia es obligatoria para la Administración, y ésta debe llevar a cabo lo dispuesto en ella, como una más de las partes del proceso, sin distinción en función de la existencia o no de discrecionalidad.

Ahora bien, es claro que el hecho de que esa sentencia no haya adquirido aún firmeza no puede ser menospreciado. Por ello, el eje del sistema para delimitar correctamente el marco en el que debe encuadrarse la ejecución provisional no es la existencia o no de discrecionalidad en los actos que deben ser adoptados para dar cumplimiento al fallo, sino el poder que está en manos del órgano de apelación de suspender o no la ejecución.

Efectivamente, el artículo 33 de la Ley de 1971 dispone en su tercer apartado que:

Para un estudio detallado de la acción de ejecución desde el punto de vista de su legitimidad constitucional y de su construcción por la jurisprudencia, vid. MURGIA, «Osservazione sull'azione "pretoria" di esecuzione delle sentenze dei Tribunali Amministrativi Regionali», en *Rivista Giuridica Sarda*, 1996, págs. 553 a 557; MARCHETTI, *L'esecuzione della sentenza amministrativa...*, págs. 212 a 262, y URSI, op. cit. *L'esecuzione immediata...*, págs. 115 a 124.

(28) GALLO afirma en este sentido que «debe mantenerse que la referencia al *giudizio di ottemperanza* ha extendido desde el punto de vista del contenido el ámbito de ejecutividad de la sentencia, haciéndolo totalmente idéntico al ámbito de la sentencia firme, con la salvedad, obviamente, de su inmodificabilidad» (op. cit. «L'esecuzione delle sentenze non passate...», pág. 1099).

(29) En palabras de URSI, «el artículo 10 ha parificado, sobre el plano de la ejecución, la sentencia de primera instancia con la sentencia firme», de tal manera que «prescinde de la inmutabilidad de sus pronunciamientos», en op. cit. *L'esecuzione immediata...*, pág. 138.

«El Consejo de Estado, no obstante, a instancia de parte, cuando de la ejecución de la sentencia pueda derivarse un daño grave e irreparable, podrá disponer (...), que la ejecución se suspenda».

En consecuencia, la obligación de conformarse a la sentencia supondría la adopción de cualquier acto, discrecional o no, necesario para la ejecución de la misma, concediendo al administrado la ventaja establecida por la resolución judicial, así como las consecuencias lógicas derivadas de ella, y absteniéndose la Administración de realizar cualquier actuación que de algún modo pueda perjudicar tales ventajas, con independencia de la firmeza del fallo. Salvo que de la adopción de alguno de los mencionados actos, los inmediatos y los mediatos, pueda derivarse un perjuicio irreparable para la Administración (que sería un perjuicio irreparable para el interés público) o para un tercero. En tal caso, la ejecución será suspendida, total o parcialmente, en función del alcance de los actos que deban ser adoptados y de los perjuicios que puedan derivarse de los mismos.

Por tanto, la obligación de cumplir la sentencia es la misma, con independencia de que ésta sea o no firme: la Administración debe adaptar su actuación a lo dispuesto en el fallo, lo cual supone retrotraer las actuaciones —y la realidad— al momento en que se produjo la ilegalidad, realizar todas las actividades formales y materiales necesarias para dar cumplimiento a la orden contenida en el mismo, y abstenerse de efectuar cualquier actuación que pudiera perjudicar lo sentenciado, pues así se deriva necesariamente de la imperatividad de toda decisión judicial; sin embargo, en el supuesto de las sentencias que aún no han alcanzado firmeza, porque han sido recurridas, la inestabilidad de que adolecen —en tanto en cuanto pueden ser modificadas en sede de apelación por el Consejo de Estado (o de casación, por la Corte de Casación)— impide que se pueda obligar a la Administración a adoptar determinados actos que, aunque puedan deducirse de las mismas y sean en principio de obligado cumplimiento, supongan, en relación con la eventual necesidad de eliminar la situación creada con la ejecución provisional, un daño de imposible o difícil reparación (un daño grave e irreparable, dice la Ley) y, en consecuencia, no se puede constreñir a aquélla a que los dicte. He aquí el límite y la diferencia (30).

Así, será el propio Consejo de Estado en la solicitud de suspensión de la ejecución interpuesta por la Administración ejecutada, o el correspondiente TAR en la solicitud de aplicación de medidas de ejecución realizada por el administrado ejecutante, quienes valoren si puede derivarse tal clase de perjuicios y, en consecuencia, adopten la resolución conveniente (suspensión total o parcial, o no concesión de las medidas de ejecución solicitadas) (31).

(30) Límite que se justifica por el hecho de que la Administración, como parte en el proceso, también es titular del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho que se vería gravemente perjudicado si, una vez ejecutada provisionalmente la sentencia, el órgano de apelación resolviese el recurso en sentido favorable a la misma y esta segunda sentencia no pudiera ser ejecutada porque los efectos de la anterior son graves o irreversibles.

(31) De esta manera, en opinión de MARCHETTI (op. cit. «I rimedi a garanzia...»,

En cualquier caso, interesa destacar que, con la reforma operada en el año 2000, no sólo se ha ampliado el derecho del administrado a la ejecución de la sentencia que aún no ha alcanzado firmeza —lo que se traduce en la ampliación de la obligación de acatar la misma, exigible a la Administración—, sino que, además, se ha impuesto al Juez administrativo la obligación de ejecutar provisionalmente la sentencia, siempre que la ejecución no haya sido suspendida por el Consejo de Estado (32).

II. LOS PODERES DEL JUEZ EN EJECUCIÓN PROVISIONAL

1. *Los «poteri inerenti al giudizio di ottemperanza»*

Asentados el alcance y la obligatoriedad de *conformarsi al giudicato* en las sentencias no firmes, debe pasarse necesariamente a comprobar qué ocurre cuando la Administración se niega a dar cumplimiento a la sentencia cuya ejecución no ha sido suspendida. Más concretamente, interesa ver qué poderes pone la Ley en manos del órgano judicial para forzar a la Administración a ejecutar.

El artículo 33, en su nuevo apartado, el 5.º, atribuye al órgano jurisdiccional *«los poderes propios del giudizio di ottemperanza»*, poderes que son consecuencia, en opinión de R. URSI, del artículo 113 de la Constitución, en tanto en cuanto impide la existencia de cualquier tipo de reserva a la Administración en la ejecución de las sentencias dictadas contra ella (33).

Es claro que los poderes de ejecución de las sentencias provisionales ahora existen, pero es necesario determinar su alcance.

La duda que se plantea consiste en averiguar qué ha querido decir exactamente el legislador con la atribución de esos poderes propios del *giudizio di ottemperanza*, en lugar de simplemente ampliar la aplicación del mismo a las sentencias no firmes.

La doctrina está muy dividida al respecto —podríamos decir incluso que es absolutamente dispersa, por la disparidad de opiniones vertidas sobre este concreto aspecto (34)—, y las primeras sentencias que están dic-

pág. 160), el derecho del administrado vencedor en el pleito a que la sentencia sea ejecutada mediante los medios previstos por el ordenamiento jurídico vendría, en cierto modo, modulado por una mayor facultad de opción del Juez de la apelación sobre la decisión de suspender o no la ejecución y —añadimos nosotros— del Juez de la ejecución provisional sobre las concretas medidas a aplicar y el alcance de las mismas.

(32) Clara es en este sentido la Sentencia del TAR Lazio de 19 de septiembre de 2001, n. 7600, que considera que el Juez de la ejecución carece de discrecionalidad alguna a la hora de decidir si ejercitar o no los poderes que ahora posee para asegurar el cumplimiento de la sentencia (salvo, claro está, que ello dé lugar a daños graves o irreparables).

(33) Op. cit. *L'esecuzione immediata...*, pág. 142. En concreto, el artículo 113 de la Constitución italiana dispone que *«frente a los actos de la administración pública se admitirá siempre la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria o administrativa»*.

Esa tutela jurisdiccional no podrá ser excluida o limitada a medios concretos de impugnación o para determinadas categorías de actos».

(34) Para unos, el artículo 33 supone directamente la ruptura de la exigencia de fir-

tando los Tribunales Administrativos Regionales son contradictorias entre sí (35).

En cualquier caso, es claro que esta modificación no supone una mera positivación de la acción de ejecución creada por la jurisprudencia en los años ochenta, sino que va más allá: no cabe duda de que con la atribución al Juez administrativo de los poderes propios del *giudizio di ottemperanza* «es posible activar, también respecto a las sentencias no firmes, un mecanismo coactivo que obligue a la administración al cumplimiento, lo que equivale a decir que la sentencia es inmediatamente oponible a la administración, que está llamada a darla ejecución» (36).

meza de la sentencia para la aplicación del *giudizio di ottemperanza* y, en consecuencia, se trata de una nueva extensión, esta vez legislativa, del mismo. Para otros, en cambio, el *giudizio di ottemperanza* sigue sin ser de aplicación a las sentencias no firmes, y el significado de la nueva disposición consiste en la atribución al órgano jurisdiccional de nuevos poderes que le permitan la ejecución provisional de sus pronunciamientos. Autores partidarios de la consideración de que el artículo 10 de la Ley 205/2000 supone la extensión del *giudizio di ottemperanza* a las sentencias no firmes son AVANZINI, op. cit. «L'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo...», pág. 1261; MARCHETTI, quien considera que el significado de tal previsión no es otra cosa sino la posibilidad del administrado de valerse de la acción de *ottemperanza*, de tal manera que se trataría, más que de un poder del Juez, de un derecho de la parte (se pronuncia sobre este aspecto cuando la Ley era un mero proyecto en su monografía *L'esecuzione della sentenza amministrativa...*, pág. 268); B. SASSANI, que estima que la nueva Ley pone fin a la imposibilidad de aplicar el *giudizio di ottemperanza* a la ejecución provisional («Le nuove discipline processuali...», pág. 6); y F. G. SCOCA, que afirma que «el Legislador del 2000 transforma en derecho positivo la institución, de la misma manera en que había sido anteriormente “construida” por la jurisprudencia de los TAR, aunque minoritaria, de tal modo que podría hablarse de un *giudizio di ottemperanza* para las sentencias de primera instancia no suspendidas por el Consejo de Estado» (*Giustizia Amministrativa*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, pág. 487).

En contra de tal opinión, y por tanto de la aplicación de las reglas reguladoras del *giudizio di ottemperanza* a la ejecución de las sentencias que aún no han adquirido firmeza, se encuentran TRAVI, op. cit. *Lezioni di Giustizia Amministrativa...*, pág. 306; y ADAMO, quien afirma que «no es, formalmente, *giudizio di ottemperanza*, pero de él tiene la sustancia» (op. cit. «Giudizio di ottemperanza...», pág. 3).

(35) En unos casos se reconoce expresamente que se trata del propio *giudizio di ottemperanza* en sentido estricto. Así, la Sentencia del TAR Piemonte, Sección II, de 11 de octubre de 2000, n. 1017, afirma que «en el sentido del art. 33, (...) la petición judicial de ejecución coactiva de las sentencias de primera instancia que no son firmes aún se convierte en recurso de *ottemperanza*». Por su parte, la Sentencia TAR Marcas de 6 de abril de 2001, n. 350, mantiene que «es inadmisibile el recurso propuesto para la ejecución de una sentencia que no ha alcanzado aún firmeza en el sentido del artículo 324 c.p.c., desde el momento en que este requisito no se exige por la nueva norma, resultando suficiente la ausencia de suspensión de la sentencia por el juez de segunda instancia». Más clara aún es la Sentencia TAR Lazio, Sección II, de 30 de octubre de 2000, n. 8765, que dice sencillamente que «es también posible aplicar el *giudizio di ottemperanza* a las sentencias ejecutivas de primera instancia del juez administrativo». Finalmente, la Sentencia del TAR Campania de 17 de octubre de 2000, n. 3781, considera que con la reforma ya no es requisito para la aplicación del *giudizio di ottemperanza* la firmeza de la sentencia.

Sin embargo, en otros se niega que la acción introducida por el artículo 10 de la Ley 205/2000 sea *giudizio di ottemperanza*. Muy clara es la Sentencia del TAR Toscana, Sección II, de 7 de noviembre de 2000, n. 2281, que afirma que «la confirmada aplicación (...) de los poderes conferidos al juez de la ejecución, no implica que la ejecución de la sentencia de primera instancia haya recibido, en términos de previsión legislativa, una plena e integral equiparación con la ejecución de la sentencia firme». En el mismo sentido, Sentencia TAR Calabria, Sección Catanzaro, de 27 de agosto de 2001, n. 1231.

(36) G. DE GIORGI CEZZI, en op. cit. «L'esecuzione immediata...», pág. 1123. Hecho que

Bajo nuestro punto de vista, el hecho de que no se hable de *giudizio di ottemperanza*, sino de los poderes propios del mismo, implica que no puede interpretarse este apartado en el sentido de significar una ampliación del tradicional remedio de ejecución de sentencias a la ejecución provisional, a lo cual se suma el hecho de que para ello hubiera bastado modificar el artículo 37 de la Ley de 1971 en lugar del 33 (37). Si esto es así, como creemos, debe existir realmente alguna diferencia entre aquél y este nuevo remedio. Y esa diferencia no está en los poderes, sino en los trámites procesales y en el límite señalado anteriormente de la irreparabilidad de los daños que pueden derivarse de la ejecución provisional.

El juez de la ejecución provisional, en definitiva, va a gozar de jurisdicción de *merito* (38) y, en consecuencia, va a poder hacer uso de los poderes de sustitución, directamente o a través de comisario (39), con independencia de la existencia o no de discrecionalidad (como ocurre en el *giudizio di ottemperanza* a las sentencias firmes), con el objeto de garantizar la efectividad de la tutela judicial de la ventaja reconocida en la decisión. Sin embargo, ello va a ser posible en la medida en que el órgano judicial de apelación entienda que no cabe la suspensión de la ejecución, por no existir peligro alguno de daño irreparable, y en tanto en cuanto el órgano judicial de la ejecución estime que la aplicación de los mencionados poderes no supone tal peligro. Esto es, existiría un doble control: uno por parte del Consejo de Estado en sede de apelación (que puede darse o no en función de que se solicite la suspensión por la parte vencida) y otro por parte del Tribunal Administrativo Regional en sede de ejecución provisional (que tendrá lugar siempre que se inste la misma por la parte vencedora) (40).

lleva a afirmar a N. SAITTA que «ha sido eliminada (...) toda rémora del ejercicio de poderes que la ley restringía solamente a la ejecución de la sentencia firme, respecto a la cual (...) permanece ahora la única diferencia de la provisionalidad de la actividad ejecutiva puesta en práctica» (op. cit. «Evoluzione o crisi di identità del giudizio di ottemperanza?», publicado en www.giust.it/articoli/saitta_ottemperanza.htm, pág. 7; última fecha de consulta: 15 de mayo de 2003).

(37) URSI, en op. cit. «Esecuzione delle sentenze...», pág. 428, y C. CALVIERI, «L'esecuzione delle sentenze di primo grado ex art. 10 L. 205/2000: una estensione del giudizio di ottemperanza o speciale procedimento cautelare in pendenza del ricorso di appello?», en www.giust.it/articoli/calvieri_esecuzione.htm, pág. 4; última fecha de consulta: 13 de mayo de 2003.

(38) MARCHETTI (op. cit. «I rimedi a garanzia...», pág. 155); DE GIORGI CEZZI (op. cit. «L'esecuzione immediata...», págs. 1124-1125), y URSI, quien claramente afirma que nos encontramos ante un nuevo supuesto de jurisdicción de *merito* que, además, supone el fin de la prevalencia absoluta del interés público sobre el interés privado en el aspecto relativo a la ejecución de las sentencias provisionales (op. cit. *L'esecuzione immediata...*, pág. 135).

(39) En este sentido, CAPUTI JAMBRENGHI en voz «COMMISSARIO AD ACTA», *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento VI, Giuffrè, 2003, pág. 299.

(40) Éste es el significado que parece deducirse de la Sentencia del TAR Toscana, Sección II, de 7 de noviembre de 2000, n. 2281, cuando afirma que «es inadmisibile el recurso para la ejecución de una sentencia de primera instancia que no ha alcanzado aún firmeza, dirigido a solicitar un poder cognitivo del juez que abarque la oportunidad de la situación enjuiciada, susceptible de traducirse en la adopción de medidas que vinculen la futura acción de la Administración y/o que tengan carácter irreversible». Esta sentencia reconoce que «el juez de la ejecución de la sentencia de primera instancia está investido de esta manera, como el juez de la ottemperanza, de poderes "sustitutivos" respecto de las prerrogativas ordinariamente ejercitables por parte de la Administración», pero limita el ejercicio de tales poderes «en

En consecuencia, sólo podrá adoptar decisiones interinas (41), que no comprometan irreversiblemente o dañosamente la situación de fondo debatida en el pleito (42).

Somos conscientes de que del tenor literal de la Ley no se deriva en ningún momento que corresponda también al órgano de la ejecución estimar si las medidas cuya adopción se solicita por la parte suponen o pueden suponer un daño grave e irreparable. Pero la lógica del sistema así lo exige, dado que, de un lado, el control que puede ejercer el Consejo de Estado se limita simplemente a la conveniencia de suspender algún aspecto concreto del fallo —y sus consecuencias— contenido en la sentencia, para lo cual no tendrá en cuenta las concretas medidas de ejecución, sino sólo desde una perspectiva meramente eventual y teórica; y, de otro, porque, cuando se decida no suspender (o, incluso, la suspensión no sea solicitada por la Administración, en cuyo caso ni siquiera habría pronunciamiento por parte del Consejo de Estado sobre tal extremo), conviene ponderar entre la necesidad de llevar a efecto lo juzgado y las posibles consecuencias que se pudieran derivar de ella misma para la Administración y para el interés general y, en su caso, para terceros, sobre la base de las concretas medidas de ejecución cuya aplicación se solicita (43).

cuanto que impliquen efectos y/o consecuencias de carácter irreversible»; en tal supuesto, sólo podría hacerse uso de los mismos en el caso de sentencias firmes. En definitiva, existencia de poderes sustitutivos, pero sólo en tanto en cuanto de su aplicación no puedan derivarse daños graves o irreparables.

(41) Entiéndase la expresión en el sentido de que se trata de decisiones que estarán influidas por las sentencias dictadas en sede de apelación o casación, que las confirmarán o las sustituirán. No suplen la resolución definitiva del caso, pero constituyen la regla por la que se rige temporalmente la relación de fondo debatida en el pleito.

(42) URSI, op. cit. «Esecuzione delle sentenze...», págs. 431 y 432, que cita la Sentencia TAR Lazio, Sección III, de 6 de diciembre de 2000, n. 11196, en apoyo de su afirmación.

Corresponderá al Juez, en cada caso, examinar si las concretas medidas que pueden adoptarse para dar ejecución a la específica decisión, en función de las circunstancias que rodean la misma, pueden ocasionar a alguno o algunos de los intereses en juego perjuicios de tal grado que, ante la eventualidad de una revocación de la sentencia cuya ejecución se pretende, no puedan eliminarse sus consecuencias o, al menos, no pueda hacerse sin detrimento para alguna de las partes.

En cuanto a la determinación de qué se entiende por daño grave y por daño irreversible, URSI, tomando como referencia la ejecución de las medidas cautelares, reformada por el artículo 3 de la Ley 205/2000, afirma que irreparabilidad e irreversibilidad son dos cosas distintas; la primera se refiere al perjuicio que se puede derivar de las medidas cuya aplicación se pretende, mientras que la segunda está relacionada con los efectos de la ejecución. Así, en su opinión, mientras que la irreparabilidad hace referencia a la imposibilidad de monetarización del perjuicio, la irreversibilidad se centra en la imposibilidad de reparar la situación creada con la aplicación de concretas medidas. En consecuencia, mantiene que en la ejecución provisional de sentencias el órgano judicial de apelación (o casación) debe tener en cuenta tanto la irreparabilidad del daño como la irreversibilidad de los efectos que puedan causar las medidas de cumplimiento forzoso del fallo. Así debe interpretarse el límite de la causación de daños graves e irreparables mencionado en el artículo 33 (op. cit. «Esecuzione delle sentenze...», págs. 432 a 435, después reiterado en *L'esecuzione immediata...*, págs. 192 a 197).

(43) En este sentido, NIGRO, partiendo de la necesidad de adelantar los efectos de la sentencia antes de su firmeza, entiende que el riesgo de la posterior estimación del recurso y de la consecuente revocación de la misma, total o parcial, queda disminuido por el control ejercido por el Juez de apelación ante la solicitud de suspensión y por la posibilidad de

Obviamente, el peligro de daño será mayor cuando más extensos sean los poderes de ejecución, porque abarcarán un ámbito más amplio de la actividad administrativa (44); sin embargo, por ello mismo, el órgano judicial tendrá una mayor discrecionalidad a la hora de valorar tal peligro y

que «en toda sentencia, el juez de la *ottemperanza* puede a mi juicio graduar sus pronunciamientos, en consistencia y en el tiempo, en relación con la estabilidad de la sentencia cuya ejecución pretende asegurarse» (op. cit. «Il giudicato amministrativo...», pág. 109).

Asimismo, DE GORGI CEZZI afirma que, en el ejercicio de los poderes que el artículo 10 de la Ley 205/2000 atribuye al Juez de la ejecución, éste debe tener en cuenta la «precariedad de la decisión y, por tanto, evitar situaciones y efectos irreversibles» («L'esecuzione delle sentenze di primo grado alla luce della Legge n. 205/2000», en op. cit. *Corso di Diritto Processuale Amministrativo...*, pág. 1221, trabajo que constituye una ampliación del ya citado «L'esecuzione immediata delle sentenze di primo grado», en op. cit. *Il nuovo processo amministrativo...*).

El propio Consejo de Estado parece encaminarse en esta dirección en su Sentencia, Sección IV, de 9 de octubre de 2002, n. 5352, donde afirma que lo contrario podría suponer la eliminación de la utilidad de la apelación o de la casación; en ella mantiene que el Juez de la ejecución no debe permitir en tal sede que la aplicación de medidas concretas lleve a «un estado definitivo e inmutable de los intereses en juego». La misma afirmación contiene la Sentencia del Consejo de Estado, Sección V, de 16 de octubre de 2002, n. 5619. Más claramente lo hace la Sentencia TAR Catanzaro de 27 de agosto de 2001, n. 1231, que es partidaria de la aplicación de concretas medidas de ejecución «cuando los efectos derivados de la petición de ejecución resulten reversibles», y el TAR Toscana, Sección II, en su Sentencia de 7 de noviembre de 2000, ya citada, donde afirma que si bien es cierto que después de la reforma operada en el 2000 el órgano de la ejecución goza de poderes sustitutivos también en relación con el cumplimiento de las sentencias que aún no han alcanzado firmeza, cierto es también que «el ejercicio de esos poderes no podrá en ningún caso transformarse —“en ausencia de sentencia firme”— en la adopción de medidas que, en cuanto que implican efectos y/o consecuencias de carácter irreversible, continúan por el contrario siendo propias del *giudizio di ottemperanza* propiamente dicho».

Un claro ejemplo que demuestra que en la práctica el Juez de la ejecución igualmente pondera las posibles consecuencias derivadas de la aplicación de medidas encaminadas al cumplimiento del fallo lo tenemos en la Sentencia TAR Lazio, Sección II, de 16 de enero de 2002, n. 413, donde el Tribunal Administrativo Regional, ante la petición por parte de un funcionario (que había sido separado del servicio por un acto administrativo anulado por la sentencia cuya ejecución se pretendía) de adelantar los efectos de la sentencia —readmisión, pago de los salarios dejados de percibir y reconstrucción de la carrera—, desestima el recurso en relación con los dos últimos extremos por entender que podrían dar lugar a una situación irreversible y a un daño grave para terceros. Así, el órgano judicial, partiendo de que la finalidad del nuevo apartado del artículo 33 de la Ley de 1971 es atribuir al interesado la ventaja derivada de la sentencia cuya ejecución provisional se pretende, afirma que «la fase de ejecución no se identifica con la fase de *ottemperanza*» y que «la sentencia de primera instancia es susceptible de ser modificada en sede de apelación», de lo cual se deriva para el Juez de la ejecución el deber de «proceder con prudente y equilibrado juicio a la adopción de resoluciones ejecutivas que impliquen siempre efectos necesariamente temporales en lo decidido». En consecuencia, «los pronunciamientos deben ser tales que no sólo no comprometan el estado de los intereses en juego, sino que además consientan —en la eventualidad de una sentencia que implique la derrota del recurrente victorioso en primera instancia— la reconstrucción de la situación quo ante». Con independencia de que no compartimos la aplicación de esta afirmación efectuada por el TAR en el caso concreto (el órgano judicial desestima la petición de pago de los salarios dejados de percibir por considerar que el administrado puede gastarse el dinero en necesidades familiares y, en consecuencia, puede dar lugar a dificultades para la devolución del mismo en el caso de que la sentencia sea modificada en apelación; e igualmente entiende que no procede reconstruir la carrera del funcionario porque ello perjudicaría a terceros compañeros suyos), consideramos correcta la idea de que corresponderá también al Juez de la ejecución la ponderación de los intereses en juego y la toma en consideración de las consecuencias que pueden derivarse de la aplicación de medidas de ejecución.

determinar, después de escuchar a las partes (45), si procede o no la aplicación de medidas de ejecución y, en caso de ser así, cuáles deben llevarse a cabo en el supuesto concreto.

En conclusión, los poderes de que puede hacer uso el Juez de la ejecución provisional son los mismos que en el caso de la ejecución de las sentencias firmes —sustitución de la Administración—, pero aplicados con mayor cautela y con tintes procesales diversos.

2. Las «*sentenze non sospese*»

Entre esas diferencias procesales, derivadas del hecho de que no son de aplicación las normas que regulan el *giudizio di ottemperanza*, se encuentra el hecho de que la ejecución provisional no requerirá un proceso autónomo (46), sino el uso de la técnica de los incidentes (47). La apertura de un nuevo proceso, sin duda más largo en su tramitación que un incidente de ejecución, implicaría muy probablemente el retraso en el cumplimiento del fallo, algo contrario a los tintes cautelares que, por definición, posee la ejecución provisional, que busca —es su objeto— la consecución de los efectos de una sentencia antes de que ésta adquiera firmeza (impide tal adquisición precisamente la interposición del recurso en plazo); esperar a la

Esta valoración por parte del Juez de la *ottemperanza* se daba ya igualmente con la aplicación práctica de la acción de ejecución.

(44) MARCHETTI llama la atención sobre una posible consecuencia negativa que se puede derivar de la atribución al Juez administrativo de poderes tan amplios, que denomina «efecto boomerang»: la amplitud de poderes y el marco ciertamente importante de la actividad administrativa que el ejercicio de los mismos puede abarcar podría traer como consecuencia que el propio órgano judicial se autolimitara en la aplicación de los mismos, de tal manera que en lugar de significar un aumento de la tutela se tradujese en un perjuicio para los intereses del solicitante de la ejecución. Como solución al mismo, propone el empleo de la técnica del comisario *ad acta* no como auxiliar del Juez, sino como órgano extraordinario de la Administración (op. cit. «I rimedi a garanzia...», págs. 160 a 163, opinión ya anticipada en su monografía *Lesecuzione della sentenza amministrativa...*, págs. 278 a 282).

(45) Aunque no interesan a este estudio los aspectos procesales, debemos dejar clara aquí la necesidad del contradictorio previo a la adopción de cualquier medida, pues sólo así el órgano judicial tendrá los elementos de juicio necesarios para determinar si adopta o no medidas de ejecución, así como el alcance de las mismas. En este sentido, DE GIORGI CEZZI, en op. cit. «L'esecuzione immediata...», pág. 1125.

Recientemente, el Consejo de Estado ha reconocido expresamente la necesidad de contradictorio también en la ejecución provisional en su Sentencia de 9 de octubre de 2002, n. 5352, que exige que el recurso para la ejecución provisional de una sentencia sea notificado, en las formas propias del proceso ordinario, para dar a la Administración la posibilidad de preparar su defensa.

(46) De esta opinión es ADAMO, para quien este juicio sería prosecución del anterior de cognición (op. cit. «Giudizio di ottemperanza...», pág. 5). En el mismo sentido, URSI (op. cit. «Esecuzione delle sentenze...», pág. 429) y FORLENZA («Sulle controversie non sospese ottemperanza al TAR», en *Guida al Diritto-Il Sole-24 ore*, n. 30, 2000, pág. 84). La doctrina habla de «apéndice» (entre otros, MARCHETTI, op. cit. «I rimedi a garanzia...», pág. 156).

(47) No era así con la anterior acción de ejecución, que, como indica la Sentencia del TAR Friuli de 8 de marzo de 2002, n. 112, «*se solicita por medio de petición motivada y notificada a las partes, ante el mismo juez que ha llevado a cabo la fase de cognición, con las formas del proceso ordinario de primera instancia*».

resolución del mismo podría significar, incluso, la pérdida o perjuicio de la ventaja en ella otorgada (48).

El principal problema que existe, desde el punto de vista procesal, es la determinación del momento en que puede presentarse la solicitud al Juez para que aplique esos medios inherentes al *giudizio di ottemperanza* con el fin de ejecutar la sentencia y, junto con ello, de la necesidad o no de la llamada *diffida*, esto es, de la mora a la Administración. También en este punto la doctrina está dividida, y en la jurisprudencia encontramos igualmente opiniones diversas.

La duda que se plantea es qué debe entenderse por «*sentenze non sospese*», esto es, si se puede solicitar la aplicación del nuevo apartado del artículo 33 desde el mismo momento en que la sentencia es notificada o, por el contrario, es necesario esperar a la presentación del recurso de apelación o de casación por parte de la Administración (o, en su caso, de un tercero) y, relacionado con ello, si es de aplicación el requisito contenido en el artículo 90 del RD de 1907, que exige la puesta en mora de la Administración antes de la interposición del recurso de *ottemperanza*.

La resolución de este problema está directamente relacionada con el derecho a la tutela judicial del administrado y con la vinculación de la actividad administrativa a la sentencia, en tanto en cuanto dependiendo de la respuesta que se dé, la aplicación de las concretas medidas de ejecución para vencer la resistencia de la Administración a dar cumplimiento a la sentencia se producirá antes o después, y ello puede influir en la efectividad del fallo y en el tipo de vinculación (positiva o negativa) a que está sometida la actuación de la misma.

En otros términos, la cuestión consiste en averiguar si debe esperarse a la interposición del recurso de apelación o casación y al «plazo de cumplimiento voluntario» que otorga a la Administración el mencionado artículo —con lo que la solicitud de medidas de ejecución forzosa vendría realizada, como poco, tres meses después de la notificación de la sentencia (49)—; o, por el contrario, puede procederse a esa solicitud desde el mismo momento en que se dicta, con el único requisito de la puesta en mora de la Administración; o, finalmente, de no ser exigible tal requisito, la solicitud de medidas de ejecución puede hacerse nada más dictada la sentencia.

En este último caso, nos encontraríamos con que la Administración

(48) La obtención de la ventaja derivada de la sentencia («*bene della vita*», como se denomina en el sistema italiano) es precisamente la finalidad de la ejecución provisional. Por tanto, la provisionalidad de la decisión judicial no impide en absoluto que el particular pueda solicitar del Juez tal ventaja, de ahí que tenga sentido la atribución de amplios poderes para el supuesto de que la Administración no opte por otorgar voluntariamente ese beneficio al administrado vencedor en el pleito a través de la materialización del fallo. En el sentido de considerar ese «bien de la vida» como finalidad de la atribución de los poderes inherentes al *giudizio di ottemperanza*, las Sentencias TAR Lazio, Sección II, de 16 de enero de 2002, n. 413, y TAR Molise de 3 de octubre de 2002, n. 872.

(49) El plazo normal de ejecución, previsto en el artículo 28 de la Ley de 1971, es de sesenta días desde la notificación de la sentencia. No obstante, en los casos en que la notificación no tiene lugar, el plazo aplicable es el previsto en el Codigo de Procedimiento Civil, esto es, un año desde la publicación.

podría venir forzada a dar ejecución a una sentencia en un periodo de tiempo excesivamente corto (el que dure la tramitación del incidente de ejecución y la aplicación de las concretas medidas decididas por el órgano judicial), sin tener la oportunidad de proceder al cumplimiento del fallo voluntariamente —es evidente que la realización de las actividades materiales de ejecución requiere tiempo—; por el contrario, esperar a la interposición del recurso de apelación (50) para poder poner en mora a la Administración y, sólo una vez cumplidos ambos requisitos, solicitar del órgano judicial la aplicación de sus poderes de ejecución, podría requerir un tiempo excesivamente amplio que conlleve una pérdida de efectividad de la propia sentencia (51), perjudicándose de alguna manera la ventaja o beneficio que el administrado puede obtener de ella (52); consideramos, en consecuencia, que la solución que más se adecua a la exigencia de dar un plazo de cumplimiento voluntario a la Administración (porque sólo teniendo tiempo para ello puede cumplir voluntariamente el fallo) y a la necesidad de garantizar la efectividad de la sentencia es la solución intermedia, que sería permitir la posibilidad de solicitar la aplicación de medidas de ejecución provisional forzosa, con independencia de la interposición del recurso de apelación, pero después de haber dado a ésta un plazo para actuar la sentencia a través de la puesta en mora (53). Y ello no como

(50) Aunque estamos haciendo referencia principalmente a la apelación, las mismas consideraciones pueden hacerse respecto de la casación.

(51) En tal caso se correría, además, el riesgo de que la Administración apurase intencionadamente el plazo para la interposición del recurso con la finalidad de conseguir retrasar la ejecución de la sentencia.

(52) Este supuesto límite se daría sólo en casos en los que se requiere verdadera urgencia en la ejecución para no perjudicar el contenido del fallo.

(53) A favor de la necesidad de la *diffida*, ADAMO, quien argumenta que de esta manera se evidencia a la Administración la intención de instar la ejecución de la sentencia y se le da la oportunidad de valorar los aspectos de la situación; ello, salvo que ésta haya rechazado abiertamente dar cumplimiento al fallo (op. cit. «Giudizio di ottemperanza...», pág. 5); CALVIERI, para demostrar «la actualidad de la pasividad» (op. cit. «L'esecuzione delle sentenze di primo grado...», pág. 4); y GALLO, defensor de la aplicación de los artículos relativos al *giudizio di ottemperanza* (op. cit. «L'esecuzione delle sentenze non passate...», pág. 1099, y «Primi orientamenti in tema di esecuzione delle sentenze dei TAR non passate in giudicato», *Urbanistica e appalti*, n. 7, 2002, pág. 850).

Por su parte, la Sentencia del TAR Piemonte, Sección II, de 11 de octubre de 2000, n. 1017, da a entender que la *diffida* es necesaria al considerar que no cabe ejecución coercitiva de sentencias no firmes cuando en la puesta en mora a la Administración el administrado no ha especificado su intención de presentar recurso de *ottemperanza* (de lo cual se deduce, de otro lado, que este órgano judicial interpreta el artículo 10 como *giudizio di ottemperanza*). En el mismo sentido, la Sentencia TAR Puglia, Sección II, de 29 de marzo de 2001, n. 941, justifica la exigencia de la *diffida* sobre la base de la necesidad de dar a la Administración la posibilidad de «disponer de un adecuado spatium deliberandi para valorar todas las circunstancias de la situación». Partidarias de la misma son también las Sentencias del TAR Campania, Sección III, Nápoles, de 14 de marzo de 2002, n. 1348, y de 17 de octubre de 2000, n. 3781 (no obstante, en ambos casos se exige la puesta en mora porque se parte de la aplicación de los artículos 90 y 91 del RD de 1907 a la ejecución provisional).

Por su parte, el Consejo de Estado se ha mostrado partidario de la necesidad de la *diffida* en su Sentencia, Sección IV, de 9 de octubre de 2002, n. 5352.

Opiniones favorables a la eliminación del requisito de la mora las encontramos en SAITTA (op. cit. «Evoluzione o crisi di identità...», pág. 7), DE GIORGI CEZZI (op. cit. «L'esecuzione immediata...», pág. 1125), URSI (op. cit. «Esecuzione delle sentenze...», págs. 428 y 429,

consecuencia de la aplicación analógica de los artículos 90 y 91 del RD de 1907, sino como exigencia de la necesidad de permitir a la Administración conformarse voluntariamente a la sentencia (54).

En definitiva, cabría la ejecución provisional de todas aquellas sentencias que no hayan sido suspendidas por el órgano judicial (55), con independencia de la interposición del recurso de apelación o casación, a través

y op. cit. *L'esecuzione immediata...*, págs. 204 y 205) y FORLENZA (op. cit. «Sulle controversie...», pág. 86), quienes consideran que no son de aplicación los artículos 90 y 91 del RD de 1907. Este último autor, no obstante, niega su utilidad en estos casos.

(54) En este sentido, Sentencia del Consejo de Estado, Sección IV, de 9 de octubre de 2002, n. 5352, ya citada.

(55) En el mismo sentido, SCOCA (en op. cit. *Giustizia Amministrativa...*, pág. 387) y ADAMO, quien mantiene que, teniendo en cuenta que el artículo 33 se refiere a sentencias «no suspensas» y la necesidad de asegurar al máximo la efectividad de las mismas, parece más acertada la opinión que defiende la posibilidad de hacer uso de los poderes de ejecución incluso aunque el Consejo de Estado no se haya pronunciado sobre la suspensión, sea porque no se ha solicitado la misma, sea porque se ha solicitado y aún no se ha resuelto (op. cit. «Giudizio di ottemperanza...», pág. 4). URSI igualmente mantiene que el artículo 33 exige la aceleración de los efectos de la sentencia, de ahí que ésta sea susceptible de ejecución desde su publicación —no obstante, él es partidario de la no aplicación del requisito de la *diffida*— (op. cit. «Esecuzione delle sentenze...», pág. 430).

Éste es el sentido de la Sentencia del TAR Veneto, Sección I, de 18 de diciembre de 2001, n. 4296, en virtud de la cual por «*sentenze non sospese*» debe entenderse tanto aquellas para las cuales se ha solicitado suspensión y ésta ha sido rechazada como aquellas otras sobre las que el Consejo de Estado no se haya pronunciado, sea porque no se ha presentado recurso, sea porque se ha presentado pero no ha sido solicitada la suspensión, sea porque no ha sido aún resuelta. Igualmente, la Sentencia TAR Lombardia de 30 de marzo de 2001, n. 2923, entiende que la presentación del recurso de apelación no suspende la ejecución de la sentencia, con lo que el Juez de la ejecución puede ejercitar todos los poderes que le atribuye la Ley, incluso cuando se haya solicitado la suspensión de la ejecución y esté pendiente de resolución. En el mismo sentido, la Sentencia TAR Campania de 5 de junio de 2001, n. 2507.

En contra, PALEOLOGO, para quien es necesario esperar al pronunciamiento del Juez de apelación antes de poder aplicar poderes de ejecución frente a la Administración (op. cit. «*Sospensione dell'esecuzione...*», pág. 2). En el mismo sentido, SANDULLI, que mantiene que la ejecución provisional forzosa no puede operar en tanto que no haya sido presentado el recurso o, cuando haya sido presentado con solicitud de suspensión, hasta que ésta no sea resuelta (op. cit. «*Il problema della esecuzione...*», pág. 658). En ese tiempo, en opinión de esta línea argumental, no habría obligación para la Administración de llevar a cabo los actos y disposiciones necesarios para la ejecución de la sentencia. Vid. en tal sentido MARCHETTI, op. cit. *L'esecuzione della sentenza amministrativa...*, págs. 136 a 139.

Para C. CALVIERI, la interpretación del tenor literal del apartado 5.º del artículo 33 no es tan amplia como la que se defiende aquí: las sentencias susceptibles de ser ejecutadas provisionalmente serían aquellas contra las que se ha interpuesto recurso pero cuya suspensión no ha sido suspendida, bien porque se ha rechazado, bien porque no se ha solicitado por el apelante («*L'esecuzione delle sentenze di primo grado...*», pág. 3). En el mismo sentido del autor, la Sentencia del TAR Cerdeña de 19 de junio de 2001, n. 758, afirma que no se puede obviar la necesidad de estabilidad de la sentencia; en consecuencia, sólo cabrá ejecución forzosa de las sentencias no firmes cuando no se haya suspendido cautelarmente la misma o la solicitud de suspensión haya sido rechazada. Igualmente, la Sentencia del TAR Campania de 10 de octubre de 2000 es partidaria de la inadmisibilidad de la ejecución provisional cuando no se pruebe que la sentencia cuyo cumplimiento se pretende no ha sido suspendida por el Consejo de Estado. Finalmente, la Sentencia del TAR Torino, de 20 de diciembre de 2000, n. 1359, afirma que existe un periodo de tiempo durante el cual la acción de ejecución para dar cumplimiento provisional a las sentencias no puede ser presentada, tiempo que coincide con el término para la presentación del recurso de apelación o, en su caso, con la resolución de la solicitud de suspensión.

de solicitud al órgano judicial —después de la puesta en mora de la Administración— para que aplique los poderes propios del *giudizio di ottemperanza* y, en su caso, sustituya a ésta en el cumplimiento de lo juzgado en el ejercicio de la jurisdicción de *merito* que tiene atribuida.

En consecuencia, la Administración está sujeta a la sentencia desde el momento en que ésta viene dictada. La única particularidad consiste en que, durante los treinta días que deben transcurrir desde la puesta en mora, el Juez no puede hacer uso de ningún poder de ejecución (56), y que éste deberá modular el ejercicio de los mismos (57) a la hora de dar cumplimiento a la sentencia, precisamente por la provisionalidad de la decisión que aún no ha adquirido firmeza y por la eventualidad de su revocación total o parcial por parte del órgano de apelación o casación (58).

Si, eventualmente, los poderes de ejecución de que dispone el órgano judicial fuesen aplicados y la sentencia, una vez resuelto el correspondiente recurso de apelación o casación, viniese revocada, la consecuencia in-

(56) La consecuencia negativa que podría derivarse de la interpretación apenas expuesta se puede manifestar en el supuesto en que, aplicadas medidas de ejecución forzosa, el Consejo de Estado o la Corte de Casación acordasen la suspensión de la ejecución en resolución de la petición de la parte recurrente. No obstante, de un lado, es ciertamente difícil que el incidente de ejecución se resuelva con anterioridad a la solicitud de suspensión (además, el nuevo art. 23 bis de la Ley de 1971, introducido por el art. 4 de la Ley 205/2000, prevé la posibilidad, para determinadas materias, de presentar la solicitud de suspensión en el plazo de treinta días desde la sentencia, aunque no se formule recurso de apelación, que podrá hacerse posteriormente) y, de otro, teniendo en cuenta el control que ejerce el órgano de la ejecución sobre las medidas para el cumplimiento del fallo, evitando la concesión de aquellas que puedan resultar dañosas para la Administración o un tercero, los actos de ejecución del fallo materialmente realizados, así como sus consecuencias, serían susceptibles de perder eficacia sin perjuicio para uno ni para otro. En definitiva, se trataría del mismo supuesto que puede plantearse cuando, concedida y practicada la ejecución forzosa provisional, el órgano judicial de apelación o casación estima el recurso y cambia el sentido de la sentencia recurrida y no ejecutada.

Además, tal interpretación (que propugna la posibilidad de abrir incidente de ejecución provisional con independencia de la presentación del recurso) tiene la ventaja de eliminar el riesgo de que la Administración retrase la ejecución voluntariamente, a través de la dilación en la presentación del recurso de apelación o casación, y de acelerar los tiempos procesales, pues ésta buscará precisamente presentarlo lo antes posible de cara a plantear junto al mismo solicitud de suspensión de la ejecución y evitar así que se le obligue a dar cumplimiento al fallo. Junto con ello, es la solución más favorable a interés del administrado en recibir la ventaja que se deriva de la sentencia sin pérdida de la efectividad de la misma, y respeta al mismo tiempo la necesidad de dejar a la Administración un plazo para dar cumplimiento al fallo. Finalmente, la regla general querida por la Ley es la ejecutividad de la sentencia no firme, y ello conduce a que pueda solicitarse la ejecución una vez dictada y notificada la sentencia; de no haber querido el legislador que fuese así, habría decretado el efecto suspensivo de la interposición del recurso y habría hecho de la suspensión la regla general y de la ejecución la excepción.

(57) Discrepa de esta opinión M. PALMA, para quien, por razones de coherencia interna con el tenor literal de la norma, ello implicaría un atentado contra la plena ejecutabilidad de la sentencia. En su opinión, la distinción entre medidas de efectos reversibles e irreversibles podría disminuir el ámbito de actuación de la misma y su significado, que, según él, es «eliminar de los presupuestos del *giudizio di ottemperanza* la firmeza de la sentencia», pasando a ser una mera ratificación de la acción de ejecución creada por la jurisprudencia (op. cit. «L'esecuzione della sentenza...», pág. 8).

(58) Inestabilidad que deberá ser también tenida en cuenta por la Administración a la hora de valorar la forma y los términos en que ha de llevar a cabo su actividad de adecuación al fallo.

mediata sería la pérdida de eficacia de todos los actos de ejecución que tuvieron lugar en aplicación de tales poderes (59), lo cual no debería suponer ninguna consecuencia irreversible para la Administración si la cautela ha sido aplicada correctamente por los órganos de apelación y ejecución (60).

III. CONCLUSIONES: SUJECIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN A LA SENTENCIA EN LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

Afirmado en el primer epígrafe que la obligación de acatar la sentencia por parte de la Administración posee el mismo alcance y los mismos efectos positivos y negativos que en el supuesto de las sentencias firmes, y probado en el segundo que los poderes de que dispone el órgano judicial para hacer valer esa obligación son exactamente iguales, debe concluirse en este último que la relación entre Juez y Administración en la ejecución provisional es una relación de carácter coactivo, dado que ésta puede ser constrañida al cumplimiento del fallo sin o contra su voluntad también en el supuesto de decisiones que no han alcanzado aún firmeza.

Se produce así, en palabras de DE GIORGI CEZZI, una «jurisdiccionalización de la fase de ejecución de la sentencia» (61), que va a estar dominada por los poderes de *merito* del Juez, con posibilidad de sustitución de la Administración en el ejercicio de la actividad administrativa necesaria para la ejecución de lo juzgado, incluyendo aquellos actos de carácter discrecional (62); de esta manera, se puede afirmar que con la reforma introducida por la Ley 205/2000 se ha dado un paso más hacia la configuración del proceso administrativo como un proceso sobre la relación, destinado a la tutela de la posición sustancial del administrado, en lugar de ser un proceso sobre el acto, centrado en el enjuiciamiento de la legalidad del ejercicio del poder administrativo (63). Y ello, como indica R. URSI, ha sido consecuencia del cambio en la jerarquía de los intereses que están en juego en la ejecución provisional: se ha dado prevalencia (si bien con carácter provisional, en tanto en cuanto todo depende de la resolución dictada en sede de apelación o

(59) SCOCA invoca en este sentido la regla del «nexo de presuposición», en virtud de la cual, caído el acto-presuposición, cae automáticamente el acto-presupuesto (op. cit. *Giustizia Amministrativa...*, págs. 488-489).

(60) Son pocas las opiniones doctrinales en torno a la exigencia de una caución como requisito imprescindible para la concesión de la ejecución provisional, por el silencio de la Ley a este respecto. URSI se muestra partidario de la misma (en op. cit. *L'esecuzione immediata...*, pág. 435). En el mismo sentido, F. Rocco (en op. cit. «Commento all'articolo 10...», pág. 271), para quien la aplicación de la caución ayudaría a matizar la tendencia contraria a la ejecución coactiva de las sentencias no firmes.

(61) Op. cit. «L'esecuzione immediata...», pág. 1130.

(62) MARCHETTI, op. cit. «I rimedi a garanzia...», pág. 157, quien habla de «erosión de la tradicional reserva a favor de la administración en relación con las decisiones discrecionales». Con ello, como la propia autora afirma, «la sustitución del poder administrativo por el poder judicial se convierte en la solución ordinaria, en relación con la tutela del interés del recurrente, empleada toda vez que la administración no ejecuta automáticamente las sentencias administrativas» (*ibidem...*, pág. 159).

(63) En este sentido, URSI, en op. cit. *L'esecuzione immediata...*, págs 7 y 8.

casación) al interés del administrado sobre el interés público, a la tutela judicial sobre la inestabilidad de la situación de hecho (64).

Con ello:

«El equilibrio entre función jurisdiccional y función administrativa parece, por tanto, decididamente cambiado, y nos conduce hacia un sistema de mayor “concentración de poder político en manos del juez administrativo”» (65).

Con la ejecución provisional, pues, se cuenta ya con un remedio encaminado a «conseguir interinamente la utilidad que el juez ha reconocido en la sentencia» (66), con lo que también en el caso de las sentencias que aún no han alcanzado firmeza el administrado va a poder hacer valer la obligación de la Administración de dar cumplimiento a las mismas y solicitar del órgano judicial la aplicación de medidas concretas dirigidas a ello.

En consecuencia, ámbito de eficacia de la sentencia y ámbito de ejecutividad —si bien provisional— de la misma coinciden.

Son dos las principales enseñanzas que aporta el ordenamiento italiano: de un lado, la inexistencia de diferencia alguna entre ejecución de sentencias firmes y ejecución provisional, desde la doble perspectiva de ámbito de ejecutividad y de poderes de ejecución forzosa (con la evidente cautela que conlleva la provisionalidad de la resolución jurisdiccional); de otro, y como consecuencia de la afirmación anterior, la ejecución provisional es manifestación de la tutela ejecutiva, y no de la tutela cautelar.

Una y otra deben contribuir a replantear el debate sobre la naturaleza y régimen jurídico de la ejecución provisional en nuestro país.

(64) Op. cit. *L'esecuzione immediata...*, pág. 183.

(65) MARCHETTI, op. cit. «I rimedi a garanzia...», pág. 158. Esta autora no se muestra excesivamente partidaria del sistema finalmente introducido por el artículo 10 de la Ley 205/2000, siendo preferible, en su opinión, la generalización de la acción de ejecución —que califica de más equilibrada y coherente—, por entender que existe el riesgo «de dar lugar a una injerencia excesivamente anticipada del poder judicial en la función administrativa» (op. cit. *L'esecuzione della sentenza amministrativa...*, págs. 299 y 300).

(66) URSI, en op. cit. *L'esecuzione immediata...*, pág. 185.