

EL RECURSO DE CASACIÓN CONTRA AUTOS DICTADOS EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA*

JOSÉ VICENTE LORENZO JIMÉNEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. LA OPINIÓN MAYORITARIA Y TRADICIONAL SOBRE LA CUESTIÓN. 1. La opinión de la doctrina y de la jurisprudencia procesal civil. 2. La opinión de la jurisprudencia contencioso administrativa. 3. La opinión de la doctrina contencioso administrativa.— III. LA CRÍTICA A LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA MAYORITARIA Y TRADICIONAL. 1. Planteamiento de la cuestión. 2. La interpretación literal de las normas. 3. La interpretación sistemática de las normas. 4. La amplitud de supuestos en que procede el recurso de casación contra autos en la LJ. 5. La conveniencia de la función nomofiláctica y uniformadora del recurso de casación en el proceso de ejecución. 6. Las diferencias de los sistemas de recursos entre el proceso civil y el administrativo. 7. La desaparición sobrevenida del modelo del art. 1687-2.º LEC.— IV. LA APARICIÓN DE NUEVAS ORIENTACIONES JURISPRUDENCIALES. 1. La admisión del recurso de casación contra autos de ejecución provisional de sentencias no firmes. 2. La interpretación del Tribunal Supremo favorable a la tutela judicial. 3. La posibilidad de recurso de casación contra autos en los casos de imposibilidad de ejecución o cuando se alega infracción de precepto constitucional. 4. La procedencia del recurso de casación por vicios de procedimiento.

* Finalista.

ABREVIATURAS

- ATS: Auto del Tribunal Supremo.
CE: Constitución española.
LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.
LJ: Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 13-7-1998.
LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.
R: Referencia Aranzadi.
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 10/92 de 30 de Abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, de acuerdo con lo previsto en la LOPJ, introdujo el recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso administrativo. Siguió para ello las pautas del recurso de casación civil, tal como entonces lo regulaba la LEC¹ y la propia Ley de Medidas Urgentes, la cual también aprovechó para introducir importantes modificaciones en esa regulación.

En este sentido, muchos de los preceptos de la nueva regulación en lo contencioso administrativo constituyan una copia literal de la LEC, que además era de aplicación supletoria en virtud de la Disposición Adicional 6ª de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa de 1956. De esta forma, se siguió el modelo del recurso de casación civil. Así lo constató inmediatamente la jurisprudencia, indicando que la casación en lo contencioso administrativo es de la misma naturaleza y está regida por los mismos principios básicos de la casación civil (STS 14-12-95, R. 1783), deduciendo de ello la aplicabilidad a este orden jurisdiccional de la jurisprudencia ema-

¹ Salvo que expresamente se diga otra cosa, las menciones a la LEC se refieren a la de 1881.

nada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (STS 21-5-94, R. 3531)².

Estas mismas pautas han sido seguidas por la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa de 13 de Julio de 1998, que ha venido a recoger en gran parte la regulación, en este orden jurisdiccional, del recurso de casación de la Ley de 1992.

Pues bien, en este trabajo vamos a estudiar un supuesto concreto del recurso de casación contencioso administrativo: el dirigido contra autos dictados en ejecución de sentencias. Establece, en efecto, el art. 87-1c LJ:

«1. También son susceptibles del recurso de casación, en los mismos supuestos previstos en el artículo anterior, los autos siguientes:

c) Los recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla o que contradigan los términos del fallo que ejecuta».

Este precepto reitera, con una pequeña modificación, el contenido del art. 94-1c de la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa en su redacción vigente desde 1992, sustituyendo la expresión «lo ejecutoriado» por «los términos del fallo que se ejecuta», sin duda con el fin de evitar mencionar la ejecutoria, que presupone la firmeza de la sentencia (art. 245-4 LOPJ), lo que excluiría la posibilidad del recurso de casación en ejecución provisional de sentencias no firmes.

El precepto plantea una serie de cuestiones, pero el problema principal es el de su alcance y el de la posibilidad o no de alegar los motivos ordinarios del recurso de casación previstos en el art. 88-1 LJ. Dicho de otra manera, ¿los motivos en que debe fundarse este recurso son los indicados en el art. 88-1 o en el propio art. 87-1c? De esta cuestión es de la que nos vamos a ocupar a continuación.

² Salvo que expresamente se diga lo contrario, las sentencias y autos que se citen proceden de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

II. LA OPINIÓN MAYORITARIA Y TRADICIONAL SOBRE LA CUESTIÓN

1. LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA Y DE LA JURISPRUDENCIA PROCESAL CIVIL

Tanto la jurisprudencia como la doctrina han interpretado el art. 87-1c LJ aplicando los mismos criterios que al art. 1687-2.º de la antigua LEC³. Este precepto establecía lo siguiente:

«Son susceptibles de recurso de casación:

2.º Los autos dictados en apelación, en los procedimientos para la ejecución de las sentencias recaídas en los juicios a que se refiere el número anterior, cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado».

De acuerdo con lo previsto en la antigua LEC, como regla general sólo eran susceptibles del recurso de casación las sentencias. Los autos sólo excepcionalmente podían ser objeto de dicho recurso, cuando así lo preveía la Ley.

Según la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el recurso de casación en ejecución de sentencias es una modalidad excepcional de un recurso a su vez extraordinario, caracterizado por una finalidad específica de evitar excesos de poder en la ejecución y por tanto ajena a los fines nomofilácticos y de unificación jurisprudencial propios del recurso de casación contra sentencias definitivas. De ahí que los motivos en que puede fundarse no sean los del art. 1692 LEC, sino los especiales del art. 1687-2.º de la misma Ley⁴. Esta doctrina también ha sido asumida por el Tribunal Constitucional⁵.

³ Así lo reconoce aquélla expresamente; *vid.* por ejemplo, entre otras muchas, STS 12-4-95 (R. 3056); 9-6-97 (R. 5137); 4-2-98 (R. 1818); así como las que éstas citan.

⁴ ATS 28-12-99, R. 9904; 30-11-99, R. 9915; entre otros muchos que las propias resoluciones citan, todas ellas de la Sala Primera.

⁵ Sentencias 99/95, de 20 de junio, referida a un pleito en el orden Social; 201/98, de 14 de octubre; 209/98 y 210/98, de 27 de octubre.

Idéntica es la opinión de la doctrina, para la que se trata de un recurso atípico, que no tiene un fin nomofiláctico o uniformador, sino que pretende evitar que haya desviaciones entre la sentencia y el auto que la va a ejecutar⁶.

Por ello mismo, es opinión doctrinal común que al supuesto contemplado en el art. 1687-2.º LEC no le eran aplicables los motivos de casación previstos en el art. 1692, ya que el propio precepto contiene los motivos del recurso⁷.

2. LA OPINIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

La jurisprudencia contencioso administrativa ha aceptado la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la materia y, así, ha manifestado lo siguiente⁸:

- Es un recurso de casación atípico, especial o excepcional y restrictivo (STS 27-6-00, R. 5691), no susceptible de interpretación extensiva ni analógica (STS 11-12-00, R. 70 de 2001).

⁶ Vid. el resumen de opiniones realizado por D. ARIAS LOZANO, *El recurso de casación en ejecución de sentencia civil*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pág. 104. Este autor niega incluso que se trate de un auténtico recurso de casación (págs. 12 y 149), siendo su objeto la fiscalización de las ilicitudes de la ejecución motivadas por la infracción del título ejecutivo (págs. 65, 107 y 150), quedando excluidas las infracciones, en ejecución, de normas de procedimiento (pág. 150).

⁷ Vid., por ejemplo, SERRA DOMÍNGUEZ, M., en MONTERO AROCA, J. (coord.), *La reforma de los procesos civiles*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 230; GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil*, 4.ª ed. revisada por P. ARAGONESES, tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 709.

⁸ Hasta la fecha el Tribunal Supremo no ha tenido oportunidad de aplicar el art. 87-1c de la nueva LJ de 1998, por lo que toda la jurisprudencia citada se refiere al art. 94-1c de la antigua Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa en su redacción de 1992. Para evitar confusiones, y dado que tal jurisprudencia es en gran parte aplicable al nuevo precepto, todas las menciones de la jurisprudencia a los antiguos art. 94-1c y 95 se han traducido a los equivalentes de la nueva Ley, es decir, los art. 87-1c y 88.

- Su finalidad no es nomofiláctica o uniformadora, sino de salvaguardia de la sentencia, a fin de que se lleve a cabo en sus propios términos, sin incurrir en contradicciones ni extralimitaciones (STS 27-6-00, R. 5691). La única finalidad que persigue este tipo de recurso de casación radica, estrictamente, en el aseguramiento de la inmutabilidad del contenido de la parte dispositiva del título objeto de ejecución, evitando de este modo que una actividad jurisdiccional ejecutiva inadecuada pueda condicionar, contradecir o desconocer aquello que haya sido decidido en el proceso previo de declaración (STS 31-3-00, R. 3836).
- Este recurso trata de salvaguardar la integridad de la sentencia, de suerte que queden evitados dos riesgos, uno, que se pretenda resolver en vía ejecutiva cuestiones no decididas por la sentencia (lo que implicaría hurtar a la cuestión toda una fase procesal de cognición), y otro, que se pretenda contradecir lo decidido en la sentencia porque se intente ejecutar más, o menos, o algo distinto a lo que aquélla dijo. Sólo estos riesgos, y no otros, quiso el legislador que pudieran evitarse mediante este recurso de casación, por lo que cualquier otra decisión adoptada por los Tribunales en ejecución de sentencia está exceptuada del mismo (STS 29-11-99, R. 9529).
- En el recurso del art. 87-1c no se plantea la cuestión entre la Ley y la resolución recurrida, sino que los términos comparativos se establecen entre la sentencia firme y las actuaciones practicadas en su ejecución (STS 6-2-98, R. 1346).
- A la hora de determinar el contenido de la parte dispositiva de la sentencia no cabe prescindir de la motivación de la misma (STS 17-4-99, R. 3458).
- No existe discrepancia entre la sentencia y la ejecución si los pronunciamientos de ésta no se oponen al contenido de la ejecutoria o se limitan a señalar el verdadero alcance o las obligadas deducciones de ella, no produciéndose exceso de poder cuando en el período ejecutivo se decide sobre una cuestión accesoria que es lógica y natural consecuencia de lo acordado, interpretando el fallo de acuerdo con sus razonamientos informadores en cuanto sean demostrativos de

su verdadero alcance o se resuelvan puntos que sean aspectos insoslayables del tema controvertido (STS 12-4-95, R. 3056).

- Los motivos en los que puede basarse este recurso son los taxativamente previstos en el art. 87-1c, porque en la casación en ejecución de sentencia sólo se pretende garantizar la exacta correlación entre lo resuelto y lo ejecutado (STS 11-11-99, R. 9514; 27-6-00, R. 5692).
- Por tanto, no son aplicables los motivos expuestos en el art. 88-1, porque en la casación en ejecución de sentencia no se trata de enjuiciar la actuación del Tribunal de instancia, bien al juzgar o bien al proceder, objetivo al que responden los motivos del citado art. 88 (ATS 8-2-99, R. 2871; 21-1-00, R. 1268; 31-3-00, R. 3836).
- De esta forma, los supuestos del art. 87-1c quedan convertidos en motivos de casación autónomos, de modo que cualquier otra cuestión, aunque pudiera tener encaje en el art. 88, escapa a censura del Tribunal de casación (STS 27-6-00, R. 5691). De ahí resulta que el art. 87-1c contiene, al igual que los art. 1687-2 y anterior 1695 LEC, al mismo tiempo, los requisitos de procedencia y de posible motivación del recurso (STS 27-6-00, R. 5691).
- De ello deriva una consecuencia importante, y es que la Sala de instancia no puede entrar a examinar, a efectos de tener por preparado el recurso, los motivos del art. 87-1c, pues ello es competencia exclusiva del Tribunal Supremo: a la Sala de instancia no le corresponde juzgar si el auto contra el que se prepara el recurso de casación se encuentra comprendido en alguno de los dos casos —que operan a modo de motivos— del art. 87-1c, bastando a los efectos de la preparación del recurso, por lo general, que el recurrente se acoja a cualquiera de ellos; pues dichos extremos integran la fundamentación del recurso, y por tanto, deben examinarse una vez

⁹ El problema de esta interpretación es que puede dar lugar a la interposición abusiva de recursos de casación para retardar la ejecución de las

interpuesto éste (ATS 14-3-96, R. 2358; 25-1-99, R. 2266; 27-9-99, R. 7514; 15-2-00, R. 1674)⁹.

- La solución dada por el legislador y la jurisprudencia no vulnera el art. 24-1 CE ni es inconstitucional, citando en su apoyo la STC 99/95 de 20 de Junio (así, por ejemplo, ATS 8-2-99, 2871; ATS 16-6-00, R. 5622).

El Tribunal Supremo interpreta muy restrictivamente los supuestos del art. 87-1c LJ:

- Cuando este precepto se refiere a cuestiones no decididas, alude a cuestiones sustantivas distintas a las que se plantearon en el pleito y se decidieron en la ejecutoria, pero no a todas las cuestiones que surjan en la ejecución de la sentencia (STS 24-5-99, R. 3910).
- Aunque pudiera pensarse que la fijación de la indemnización por inejecución no es cuestión decidida en la sentencia y que, por tanto, el auto en cuestión decide una cuestión no resuelta, sin embargo, no es éste el sentido de la expresión «cuestiones no decididas». Esta expresión ha de referirse a cuestiones sustantivas distintas o quizás colaterales o anexas a la cuestión planteada en el pleito y decididas en la sentencia, pero no a todas aquellas que surjan con motivo de la ejecución (STS 9-7-98, R. 5747).
- No cabe alegar tampoco el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las disposiciones relativas a la prueba (art. 74 LJ, 550 y concordantes y 939 LEC) (STS 16-2-99, R. 2628) ni los motivos generales (STS 5-3-99, R. 2728).

sentencias. Ello ha dado lugar a una jurisprudencia de la Sala Primera que autoriza a tener por no preparado dicho recurso, apoyándose en diversas argumentaciones, entre la que cabe destacar aquella según la cual la interposición del recurso puede constituir un fraude a la ley procesal y un abuso de derecho, prohibidos por el art. 11-2 LOPJ (*vid.*, por ejemplo, ATS 16-12-97, R. 166 de 1998; 13-10-99, R. 7786 y los que cita; 30-11-99, R. 9915). Otras argumentaciones se apoyan en la doctrina de las STC 201, 209 y 210 de 1998, así como en el derecho a que las sentencias se cumplan (arts. 24 y 118 CE) (ATS 9-2-99, R. 1004).

3. LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Por su parte, la doctrina se ha limitado a constatar la existencia de esa jurisprudencia y, así, ha dicho que la casación en ejecución de sentencias constituye un tipo especial de recurso que escapa de las previsiones y finalidades del planteado por infracción de las normas jurídicas y de la jurisprudencia (por cualquiera de los motivos del art. 88-1 LJ). En el recurso de casación en ejecución de sentencia han de considerarse como parámetros para la decisión, por un lado, las actividades ejecutivas acordadas y, por otro lado, la sentencia que se ejecuta. El hecho de que se hayan resuelto en ejecución *cuestiones no decididas* en la sentencia, directa o indirectamente, o bien *cuestiones que contradigan los términos del fallo que se ejecuta*, son verdaderos y propios motivos de casación aunque erróneamente se regulan al hilo de las resoluciones recurribles (art. 87-1c LJ)¹⁰.

La doctrina entiende, pues, que los motivos de este recurso son los dos recogidos en el propio art. 87-1c, indicando, con respecto al primero, que el órgano de la ejecución debe limitarse a realizar las actividades prevenidas por la sentencia, sin que le esté permitido resolver más allá de lo decidido en ella, a salvo de cuestiones accesorias o exigidas por la propia ejecutoria, debiéndose ceñir a los pronunciamientos del fallo, porque en otro caso se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva¹¹.

III. LA CRÍTICA A LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA MAYORITARIA Y TRADICIONAL

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La doctrina que hemos expuesto es prácticamente unánime en la jurisprudencia y en los autores, que se limitan a dar cuenta de aqué-

¹⁰ V. MORENO CATENA, en V. GIMENO SENDRA, V. MORENO CATENA y P. SALA, *Derecho Procesal administrativo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pág. 195-196; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Derecho Procesal Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pág. 631 y 632.

¹¹ V. MORENO CATENA, *op. cit.*, pág. 196.

lla. Y sin embargo, si se analiza con detenimiento, inmediatamente se observan las deficiencias de esa doctrina. El análisis que se va a realizar a continuación permite llegar a las siguientes conclusiones, radicalmente contrarias a las de la jurisprudencia tradicional:

- El art. 87-1c LJ no contiene los motivos del recurso de casación, sino simplemente los presupuestos para su interposición.
- No es posible interpretar restrictivamente el presupuesto de las cuestiones no decididas en la sentencia, ni tampoco el de la contradicción con los términos del fallo que se ejecuta, como si la casación en estos casos sólo sirviera para fiscalizar las ilicitudes de la ejecución motivadas por la infracción del título ejecutivo, excluyendo cualquier otra clase de infracción cometida en el curso del proceso de ejecución.
- Concurriendo los presupuestos del art. 87-1c, el recurso debe fundarse en los motivos generales del art. 88-1 LJ.

2. LA INTERPRETACIÓN LITERAL DE LAS NORMAS

El art. 87-1c LJ no limita de ninguna manera el recurso a los autos que incurran en desviación con respecto a la sentencia, sino que alude a cualquier auto que resuelva una cuestión no decidida, directa o indirectamente, por la sentencia, o que la contradiga. Es decir, el vicio no tiene por qué consistir, en una interpretación literal de la norma, en la extralimitación del auto con respecto a la sentencia.

La jurisprudencia dominante se ve obligada a prescindir de la interpretación gramatical de las normas como consecuencia de los presupuestos en los que se basa. En efecto, para aquélla los motivos de casación en este recurso no son los ordinarios del art. 88-1, sino los específicos del art. 87-1c, lo que le obliga a interpretar éstos de manera muy restrictiva.

Piénsese, por ejemplo, en un incidente para fijar la indemnización por imposibilidad de ejecución de sentencia (art. 105-2 LJ). Es claro que lo que se resuelva en él de ninguna manera aparecerá contemplado en la sentencia que fundamenta el proceso de ejecución. Hay, pues, un auto que resuelve una cuestión no decidida por la sentencia.

Ocurre, sin embargo, que de acuerdo con el razonamiento de la jurisprudencia dominante, ello constituiría el motivo del recurso de casación, por lo que el Tribunal Supremo tendría que declarar haber lugar a dicho recurso, por el mero hecho de resolver una cuestión no decidida en la sentencia.

En efecto, si lo que incluye el art. 87-1c no son meros presupuestos del recurso de casación, sino los motivos del mismo, basta con que en ejecución de sentencia se haya resuelto una cuestión no decidida por ésta para que el Tribunal Supremo tuviera que estimar el recurso de casación.

Es obvio que este razonamiento llevaría al absurdo, razón por la cual la propia jurisprudencia se ha visto obligada a realizar una interpretación muy restrictiva de la expresión «cuestiones no decididas en la sentencia», reduciéndola a la extralimitación del auto con respecto a la sentencia.

Sin embargo, esta interpretación jurisprudencial carece de todo fundamento gramatical. Cuestiones no decididas en la sentencia son todo tipo de cuestiones en las que la sentencia no ha entrado, *normalmente porque se han planteado con posterioridad a la misma*, en el curso del proceso de ejecución, y que pueden ser tanto procedimentales como materiales.

En este sentido, la amplitud de la expresión es máxima: todo lo que no haya sido examinado y decidido por la sentencia puede ser objeto del recurso de casación contra los autos que se dictan en el proceso de su ejecución.

Ahora bien, el mero hecho de que un auto resuelva una cuestión no decidida por la sentencia no basta para que el recurso deba ser estimado, porque ello es un mero presupuesto de ese recurso. Es, pues, necesario, de acuerdo con la mera interpretación gramatical de las normas, que el recurso se funde en alguno de los motivos del art. 88-1, como este precepto establece imperativamente («el recurso *habrá de fundarse*»).

A mayor abundamiento, el art. 93-2b LJ establece que «la Sala dictará auto de inadmisión (del recurso de casación)... si el motivo o motivos invocados en el escrito de interposición del recurso *no se encuentran comprendidos entre los que se relacionan en el art. 88*».

La STS 4-2-98 (R. 1818) reprocha a los art. 88 y 93-2b LJ que contienen una «imperfecta expresión». Sin embargo, no es posible compartir esta opinión. La expresión es correcta, siempre que se atienda al «sentido propio de las palabras» contenidas en el art. 87-1c, de las que resulta que las previsiones de este último precepto son meros presupuestos para, posteriormente, poder invocar los motivos que procedan del art. 88-1.

Los resultados a los que lleva la interpretación jurisprudencial tradicional resultan aún más llamativos en ciertos casos límite, como son los de las STS 26-1-99 (R. 182) y 11-5-00 (R. 4582): la sentencia dictada en el proceso de declaración reconoció al recurrente el derecho a una indemnización, que debía ser fijada en ejecución de aquélla. Sin embargo, en el incidente de ejecución el tribunal declaró que no procedía fijar indemnización alguna, porque el ejecutante no había acreditado la cuantía de la misma. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación contra este auto.

Si el Tribunal Supremo hubiera sido consecuente con su interpretación tradicional del art. 87-1c LJ, tendría que haber estimado el recurso de casación, ya que el auto recurrido notoriamente contradecía lo ejecutoriado. Y sin embargo, el Alto Tribunal no lleva su razonamiento tradicional a sus últimas consecuencias, viéndose obligado a razonar que «la cuantía de la indemnización es condicional, sujeta a la prueba a realizar en ejecución, que corresponde valorar al órgano de la instancia», sin que el Tribunal Supremo pueda entrar en apreciaciones fácticas¹², «por lo que no hay contradicción». Afirmar esto último es negar la evidencia; y en definitiva, lo que el Tribunal Supremo viene a reconocer es que no basta con que la actividad ejecutiva contradiga una sentencia, sino que es necesario que concurra alguno de los motivos de casación del art. 88-1 LJ.

¹² Si, de acuerdo con la jurisprudencia tradicional, los parámetros que debe atender el Tribunal Supremo al resolver este recurso de casación son, exclusivamente, por un lado, la sentencia; y por otro, el auto recurrido, carece de sentido el que el Tribunal Supremo se niegue a entrar en apreciaciones fácticas, ya que no regirían las restricciones previstas en el art. 88-1 LJ.

3. LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LAS NORMAS

Con independencia de los antecedentes históricos, y de acuerdo con una interpretación sistemática de las normas, para la LJ el recurso de casación en ejecución de sentencia no es un recurso atípico o distinto del recurso de casación por los motivos ordinarios, ya que en tal caso lo hubiera regulado en una sección distinta, como lo ha hecho con el recurso de casación para la unificación de doctrina o en interés de la ley. Para la LJ la peculiaridad de aquel recurso de casación no se encuentra en los motivos a invocar, sino simplemente en que se dirige contra autos.

Por otra parte, si entendiéramos, como hacen la doctrina y la jurisprudencia, que los motivos del recurso regulado en el art. 87-1c son los previstos en el mismo, y no los ordinarios del art. 88-1, se produciría una contradicción evidente con lo dispuesto en el art. 109 LJ.

Este precepto, en efecto, prevé que las partes puedan promover incidentes para decidir, *sin contrariar el contenido del fallo*, cuantas cuestiones se planteen en la ejecución. Es decir, está reconociendo implícitamente que en esos incidentes se pueden resolver cuestiones no decididas en la sentencia.

Pues bien, si, de acuerdo con la interpretación que rechazamos del art. 87-1c, cabe interponer recurso de casación contra autos dictados en ejecución de sentencia alegando como motivo que resuelven cuestiones no decididas en dicha sentencia, quiere ello decir que el art. 109 LJ quedaría sin contenido.

Esto, obviamente, no puede ser así, y la forma de conciliar ambos preceptos es bien sencilla: no basta con que el auto dictado en ejecución de sentencia resuelva cuestiones no decididas en la misma, sino que la existencia de éstas es un mero presupuesto, por lo que es necesario, además, que concurra alguno de los motivos ordinarios previstos en el art. 88-1 LJ.

Las justificaciones que ofrecen la doctrina y la jurisprudencia para restringir los motivos del recurso a los supuestos del art. 87-1c se basan en una hipótesis errónea, la de que la sentencia a ejecutar tiene que predeterminar en todos sus aspectos y con exhaustividad el contenido de la actividad ejecutiva.

Pero esto dista mucho de ser cierto, como lo admite la propia Ley en su art. 109. La Ley reconoce que en el proceso de ejecución pueden surgir incidencias que no hayan sido previstas por la sentencia y que han de ser resueltas, con el único límite de que no contraríen el contenido del fallo. Dicho de otra manera, en la ejecución no es sólo que se pueda hacer lo que haya previsto la sentencia, sino también toda una serie de actuaciones cuyo único requisito es el de que no contradigan aquélla. Es decir, la sentencia a ejecutar no opera como contenido de la ejecución, sino como límite de la misma.

Por tanto, en tales casos no cabe una actividad comparativa entre el contenido del fallo y la actividad ejecutiva, con lo que una de dos: o se negaría la posibilidad de recurrir o quedaría inexplicada la posibilidad de interponer el recurso de casación. En consecuencia, la única posibilidad de justificar dicho recurso sería mediante la invocación de los motivos ordinarios del art. 88-1 LJ. Con lo cual nos encontramos con que la existencia de un auto dictado en el proceso de ejecución que contradice el contenido del fallo o resuelve una cuestión no decidida en el mismo constituye un mero presupuesto del recurso de casación, no el motivo del mismo.

Evidentemente, cuestión distinta es que la LJ pueda reconocer un cierto grado de discrecionalidad al Juez de la ejecución, que en principio escapa al control casacional. Pero esta es otra cuestión.

4. LA AMPLITUD DE SUPUESTOS EN QUE PROCEDE EL RECURSO DE CASACIÓN CONTRA AUTOS EN LA LJ

La LJ, desligándose incluso de las pautas de la LEC, no es nada restrictiva a la hora de contemplar las resoluciones contra las que cabe el recurso de casación. En efecto, el art. 87 contiene un catálogo de autos en los que es admisible dicho recurso, con respecto a los cuales cabe hacer las siguientes consideraciones:

Por lo que se refiere a los autos que pongan fin a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares (art. 87-1b), la LJ muestra un claro matiz de amplitud. Por un lado, se trata de una materia, la de las medidas cautelares, en la que tiene un difícil encaje el recurso de casación, ya que las cuestiones fundamentales que allí se plantean no son las de Derecho, sino las de hecho, excluidas de dicho recurso de casación. Por otro lado, hay que destacar que en

el orden civil la jurisprudencia niega la posibilidad del recurso de casación contra las resoluciones adoptadas en materia de medidas cautelares, porque lo cautelar se contrapone a lo definitivo, requisito éste que la LEC exigía a las resoluciones judiciales para que fueran susceptibles del recurso de casación¹³.

Por lo que se refiere a los autos dictados en el caso previsto en el art. 91, es decir, de ejecución provisional de sentencias, se permite el recurso de casación sin restricción alguna. Lo cual resulta poco coherente con la doctrina tradicional acerca del art. 87-1c. En efecto, ocurre así que contra los autos dictados en ejecución provisional cabe el recurso de casación ordinario con toda amplitud; y sin embargo, contra los autos dictados en ejecución definitiva de la sentencia sólo cabe en unos supuestos que además son restrictivamente interpretados por la jurisprudencia. Además, la procedencia del recurso de casación contra autos dictados en ejecución provisional de una sentencia se separa del modelo que marcaba la LEC. En efecto, la jurisprudencia civil se ha manifestado en contra de la posibilidad del recurso de casación en materia de ejecución provisional¹⁴.

También son susceptibles de recurso de casación, *en todo caso*, los autos dictados en aplicación de los art. 110 y 111 (art. 87-2 LJ). La expresión «en todo caso» parece indicar que no rigen ni siquiera las excepciones previstas en el art. 86, lo que supone una amplitud quizás excesiva. Y por otra parte, parece que los motivos invocables son los ordinarios del art. 88-1, por lo que en tales casos lo que ha de compararse es, por un lado, la resolución recurrida, y, por otro, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia; de tal manera que las desviaciones de la ejecución con respecto a la sentencia deben reconducirse a la infracción de aquéllos o de las garantías procesales.

Así las cosas, siendo la Ley tan amplia a la hora de regular el recurso de casación contra autos, carece de sentido que el intérprete imponga tantas restricciones a uno de tales supuestos, precisamente el más tradicional y menos novedoso.

¹³ *Vid.*, por ejemplo, ATS 2-2-99, R. 992, así como la jurisprudencia que dicho Auto cita.

¹⁴ *Vid.*, por ejemplo, ATS de la Sala Primera 2-2-99 (R. 992), y jurisprudencia que cita.

5. LA CONVENIENCIA DE LA FUNCIÓN NOMOFILÁCTICA Y UNIFORMADORA DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN

A la hora de interpretar el alcance de una norma o el contenido de una institución no se puede prescindir de los fines o funciones a que van dirigidos.

El recurso de casación ordinario, como reconocen la doctrina y la jurisprudencia, cumple una función nomofiláctica y uniformadora. La función primordial de aquél es la de controlar que las actuaciones judiciales se ajusten al ordenamiento jurídico, y la uniformidad en la interpretación y aplicación de éste. Así lo confirmaba la Exposición de Motivos de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 1992 (punto 4), manifestando que «el recurso de casación en lo contencioso administrativo —importante novedad, en nuestro ordenamiento—, que sin duda ofrece algunas importantes peculiaridades, se mantiene, sin embargo, dentro de la línea típica de estas acciones de impugnación *cuya finalidad básica es la protección de la norma y la creación de pautas interpretativas uniformes que presten la máxima seguridad jurídica conforme a las exigencias de un Estado de Derecho*».

Si esto es así, la función nomofiláctica y uniformadora no tiene por qué limitarse a las resoluciones dictadas en el proceso de declaración, sino que también debe extenderse a las resoluciones dictadas en el proceso de ejecución. No es lógico desterrar todo control de legalidad de los actos judiciales en el proceso de ejecución, limitándolo sólo al vicio de desviación con respecto a la sentencia.

Las opiniones acerca de la improcedencia del recurso de casación contra autos dictados en ejecución de sentencia parecen basarse en diversos supuestos erróneos.

Uno de esos supuestos erróneos es el de que en el proceso de ejecución no se plantean cuestiones jurídicas, sino meramente fácticas. Otro es el de considerar que el proceso de ejecución tiene un contenido muy limitado, reducido a llevar a efecto lo decidido en una sentencia, sin ninguna actividad innovativa.

Sin embargo, la realidad muestra que ambas hipótesis son falsas.

En efecto, en el proceso de ejecución de sentencia pueden producirse infracciones de las normas del ordenamiento jurídico, de la jurisprudencia y de las garantías procesales, sin que ello suponga necesariamente una desviación o una extralimitación del contenido de la sentencia.

Cabe citar numerosos ejemplos. Piénsese, por ejemplo, en infracciones de normas del Ordenamiento jurídico tales como los art. 118 CE, 18 LOPJ y 103 y siguientes LJ; o en la fijación de un interés equivocado por demora en el pago de un justiprecio expropiatorio, con infracción de las normas de las Leyes de Presupuestos que fijan el tipo de interés; o en órdenes de embargo contra los bienes de la Administración, con infracción del art. 44 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria; o la infracción de las normas procesales reguladoras de la prueba en un incidente de cuantificación de indemnización en fase de ejecución, etc.

Por otra parte, en el proceso de ejecución hay actuaciones que son sustancialmente de naturaleza cognitiva¹⁵. Por ejemplo, resulta indudable la naturaleza cognitiva y no ejecutiva del incidente de imposibilidad de ejecución de la sentencia (art. 105 LJ); o la declaración de nulidad de actos y disposiciones en fase de ejecución, prevista en el art. 103-5 LJ; o la determinación concreta de los daños y perjuicios, diferida a la fase de ejecución de acuerdo con lo establecido en el art. 71-1d LJ. Al efecto, cabe recordar que en la fase de ejecución muchas veces se resuelven cuestiones que muy bien podrían ser objeto de un proceso de cognición, como lo demuestra la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que impide llevar a la fase de ejecución de sentencia la determinación de los daños y perjuicios, para lo cual debe seguirse, en su caso, un nuevo pleito (art. 210-4.º y 219 de la nueva Ley).

Todo ello justifica la existencia de un recurso de casación basado en los motivos ordinarios previstos en el art. 88-1 LJ que permita controlar los autos dictados en ejecución de sentencias, porque de otra manera habría grandes sectores del ordenamiento que quedarían excluidos de esa función nomofiláctica y uniformadora.

A ello hay que añadir otro argumento de peso. Tradicionalmente la ejecución de sentencias contencioso administrativas se ha consi-

¹⁵ GUASP, J., *op. cit.*, pág. 709.

derado, en palabras de la Exposición de Motivos de la LJ, «una de las zonas grises de nuestro sistema», y de ahí el esfuerzo realizado por esa Ley para regular la materia. Pues bien, esta circunstancia hace aún más imperiosa la necesidad de un recurso de casación que asegure la correcta y uniforme aplicación e interpretación de las normas y garantías procesales en materia de ejecución de sentencias.

Por todo ello, no cabe entender que el art. 87-1c LJ se limite a asegurar la inmutabilidad del contenido de la sentencia, sino que cabe incluir cualquier supuesto en que surja una incidencia en la ejecución que no aparezca contemplada en la sentencia. Desde esta perspectiva, deben ser invocables los motivos previstos en el art. 88-1 LJ.

Frente a todo ello no puede prevalecer una interpretación restrictiva, que tendría, como única justificación, el reducir el número de recursos que puedan llegar al Tribunal Supremo (tal como sostiene, por ejemplo, la STS 10-11-99, R. 9514), ya que este fin debe conseguirse por otros medios más idóneos.

6. LAS DIFERENCIAS DE LOS SISTEMAS DE RECURSOS ENTRE EL PROCESO CIVIL Y EL ADMINISTRATIVO

- A) Ciertamente el art. 1687-2.º LEC sirvió de modelo al art. 87-1c LJ. Sin embargo, hay importantes diferencias entre la regulación del recurso de casación civil y la del recurso de casación contencioso administrativo cuando se dirigen contra autos dictados en ejecución de sentencia.
- B) Hay diferencias en los supuestos en que procede el recurso de casación. El art. 1687-2.º LEC aludía a tres clases de puntos resueltos por el auto: los no controvertidos en el pleito, los no decididos en la sentencia y los que contradecían lo ejecutoriado¹⁶. Por el contrario, el art. 87-1c alude a dos clases de cuestiones: las no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia; y las que contradigan los términos del fallo que se ejecuta.

¹⁶ Clasificación que ha sido criticada por la doctrina, *vid.* ARIAS LOZANO, *op. cit.*, págs. 105 y ss.

- C) Mayor importancia tiene el que el art. 1687-2.º LEC limite el recurso a los autos que resolvieran puntos *sustanciales* no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradijeran lo ejecutoriado. Por el contrario, el art. 87-1c LJ amplía el recurso a los autos que resuelvan *cualquier* cuestión (sea o no sustancial), siempre que no haya sido decidida en la sentencia o que contradiga los términos del fallo que se ejecuta. Es decir, el matiz restrictivo que aparecía en la LEC no se ha trasladado al art. 87-1c LJ. De esta forma, los supuestos del art. 87-1c LJ no operan como contenido de los motivos del recurso, sino como límite, es decir, cabe el recurso de casación siempre que el auto resuelva una cuestión que no ha decidido la sentencia o que la contradiga.
- D) Según el art. 1687-2.º LEC sólo son susceptibles del recurso de casación que estamos tratando los autos *dictados en apelación*.

El proceso civil sigue el criterio de la doble instancia. Contra las resoluciones judiciales dictadas en la instancia cabe, como regla general, el recurso de apelación. Por eso tiene cierta justificación una interpretación restrictiva de los motivos en virtud de los cuales se pueda interponer el recurso de casación, pues éste supone la intervención de un tercer órgano judicial.

En cambio, no es esto lo que ocurre en el proceso contencioso administrativo, en el que, entre la resolución judicial dictada en primera instancia y el recurso de casación, no media una resolución dictada en virtud de un recurso de apelación. En este sentido, el ATS 24-9-96 (R. 6791) alude a un «criterio de interpretación favorable a la viabilidad del recurso de casación», fundado en la configuración del sistema contencioso administrativo como de «instancia única».

- E) Además hay que tener en cuenta que el art. 944-2 LEC implícitamente prohibía el recurso de casación contra los fallos de las Audiencias decisorios de incidentes de liquidación de sentencias ilíquidas. La doctrina y la jurisprudencia han puesto de manifiesto la evidente contradicción entre ese precepto y el art. 1687-2.º (y su antecedente, el art. 1695, antes de la reforma de 1984). Por tanto, desde este punto de vista, la

jurisprudencia civil que consideraba procedente el recurso de casación en tales casos, estaba realizando una interpretación no ya restrictiva del art. 1687-2.º sino claramente extensiva, al entender que el art. 944 LEC constituye, en cuanto a la exclusión del recurso de casación, una excepción o especialidad con respecto al art. 1687-2.º (*vid.*, por ejemplo, ATS 5-5-98, R. 4294, de la Sala Primera).

- F) A la vista de estas importantes especialidades en lo contencioso administrativo, no puede invocarse sin matices la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. En el orden jurisdiccional civil, de acuerdo con lo que disponía la LEC, podría ser razonable considerar el recurso de casación como especial y de interpretación no extensiva. Pero estos presupuestos no se dan en el orden contencioso administrativo, por lo que carece de fundamento una interpretación de los requisitos del recurso de casación tan restrictiva como en el orden civil.

Ocurre además que la jurisprudencia civil ha ampliado los supuestos de procedencia del recurso de casación. En este sentido, cabe mencionar la doctrina según la cual el art. 944 LEC sólo excluye del recurso de casación «la estricta fijación de cantidad», por lo que cabe la casación «cuando el auto entre en el análisis de conceptos indemnizables según la sentencia»¹⁷. Esta doctrina, por tanto, parece excluir sólo las cuestiones meramente probatorias o liquidatorias, es decir, las que también han sido tradicionalmente excluidas del recurso de casación ordinario.

7. LA DESAPARICIÓN SOBREVENIDA DEL MODELO DEL ART. 1687-2.º LEC

Si hasta ahora cabía invocar el peso de los antecedentes de la LEC, esto ya no es posible, desde el momento en que la nueva Ley de Enjuiciamiento de 2000 ha prescindido del recurso de casación contra los autos en ejecución de sentencias. Las únicas resoluciones ahora susceptibles de recurso de casación son las *sentencias* de las

¹⁷ ATS 1-6-99 (R. 3484); STS 30-5-00 (R. 6381), de la Sala Primera.

Audiencias Provinciales (art. 477-2). Y por lo que se refiere al recurso extraordinario por infracción procesal (art. 468 y siguientes de la nueva Ley), responde a unas pautas muy diferentes a las del art. 1687-2.º de la antigua Ley.

Por tanto, ya no cabe invocar el modelo, porque éste ha dejado de existir. Esto otorga al recurso de casación en ejecución de sentencia contencioso administrativa una autonomía total con respecto a sus orígenes, permitiendo así reinterpretar la institución de la forma más adecuada al fin al que se dirige.

IV. LA APARICIÓN DE NUEVAS ORIENTACIONES JURISPRUDENCIALES

En páginas anteriores se ha expuesto la doctrina jurisprudencial dominante en el orden contencioso administrativo, que sigue las pautas marcadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo, y a continuación hemos formulado la crítica de esa doctrina, que consideramos errónea.

Sin embargo, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en ocasiones se observan desviaciones y matizaciones a esa doctrina tradicional, como se expone a continuación.

1. LA ADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN CONTRA AUTOS DE EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS NO FIRMES

El Tribunal Supremo en ocasiones ha realizado una interpretación extensiva (incluso *contra legem*) a la hora de admitir los recursos de casación en ejecución de sentencias. Este es el caso de los autos dictados en ejecución provisional de sentencias no firmes.

De acuerdo con la regulación del recurso de casación en lo contencioso administrativo recogida en la Ley de 1992, no era posible interponer este recurso contra los autos que acordaban ejecutar provisionalmente una sentencia, ya que aludía a «lo ejecutoriado», es decir, presuponía la existencia de una sentencia firme.

Pues bien, a pesar de ello, el Tribunal Supremo ha considerado admisible el recurso de casación contra los autos que ordenan o deniegan la ejecución provisional de las sentencias recurridas en casación¹⁸. Es más, la jurisprudencia ha entendido que procede el recurso de casación no sólo contra el auto que acuerda o deniega la ejecución provisional, sino contra cualquiera otro que se dicte en ese proceso de ejecución.

Lo importante de esta jurisprudencia no es sólo que en su momento contradijera la Ley, sino que también iba en contra de la jurisprudencia tradicional sobre la materia. En efecto, para ésta, las incidencias que surgieran en ejecución no podían dar pie al recurso de casación, debido a la interpretación restrictiva que se realizaba acerca de lo que eran «cuestiones no decididas en la sentencia», limitada a «garantizar la exacta correlación entre lo resuelto en el fallo y lo ejecutado en cumplimiento del mismo».

Por poner un ejemplo: si un Tribunal ordena ejecutar una sentencia «a pesar de carecer de fuerza ejecutiva, por no haber integrado los requisitos del art. 1722 LEC», nos encontramos con una cuestión surgida con posterioridad a dicha sentencia, que con la argumentación corrientemente esgrimida por la jurisprudencia nunca podría permitir el acceso al recurso de casación. Y sin embargo, la jurisprudencia afirma lo contrario (STS 25-5-99, R. 5621; STS 13-10-99, 860 de 2000; STS 27-6-00, R. 5691).

La LJ de 1998 ha asumido esta jurisprudencia extensiva. Por un lado, como ya antes hemos dicho, en el art. 87-1c ha sustituido la expresión «lo ejecutariado» del antiguo art. 95-1c por la expresión «los términos del fallo que se ejecuta», que permite entender susceptibles de recurso de casación los autos dictados en ejecución de sentencias no firmes. Y por otro lado, el art. 87-1d LJ ha añadido un nuevo supuesto susceptible de recurso de casación: los autos dictados en el caso previsto en el art. 91, que parece permitir el recurso de casación contra cualquier auto dictado en ejecución provisional.

Todos estos datos hacen absurda la interpretación restrictiva del art. 87-1c LJ. Por ejemplo, supongamos que el órgano judicial acuerda la ejecución provisional de la sentencia y simultáneamente el

¹⁸ ATS 11-3-94 (R. 2431); STS 27-1-98 (R. 670); STS 17-4-99 (R. 3458).

embargo de un bien de dominio público para el pago de cantidad. De acuerdo con una interpretación literal conjunta de los art. 87-1d y 91 LJ, cabría interponer recurso de casación contra ese auto, que habría que basar en los motivos ordinarios del art. 88-1. Pero si la ejecución, en vez de ser provisional, fuera definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia tradicional no cabría interponer recurso de casación contra la corrección del embargo, lo que es absurdo.

2. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO FAVORABLE A LA TUTELA JUDICIAL

La Sala Primera del Tribunal Supremo solía ser extraordinariamente rigurosa a la hora de declarar la inadmisibilidad del recurso de casación cuando se invocaban los motivos del art. 1692. Bastaba no hacer mención a los supuestos del art. 1687-2.º LEC para que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo no entrara en las cuestiones planteadas, bien *a limine*, bien al dictar sentencia, convirtiendo los motivos de inadmisión en motivos de desestimación.

En el orden contencioso administrativo, en cambio, se aprecia una flexibilidad mucho mayor. Ciertamente en ocasiones el Tribunal Supremo inadmite los recursos con gran rigor¹⁹. Pero son muchos más los casos en que el propio Tribunal reconduce la invocación de los motivos generales a los supuestos del art. 87-1c, en aras de la tutela judicial²⁰. El razonamiento suele ser el siguiente: el Tribunal comienza exponiendo la doctrina tradicional acerca del carácter atípico de este recurso, su finalidad y los motivos en que debe fundarse. A continuación constata que el recurrente invocó en su recurso los motivos ordinarios del art. 88-1 en vez de los específicos del art. 87-1c. Entonces el Tribunal invoca la tutela judicial, afirmando que la lectura del recurso permite apreciar que lo que sostiene el recurrente es que el auto recurrido va más allá de lo dispuesto en la sentencia que se ejecuta. Y de esta forma reconduce los motivos invo-

¹⁹ Así, por ejemplo, ATS 8-2-99 (R. 2871) y 16-6-00 (R. 5622), que declaran la inadmisión del recurso de casación por carecer manifiestamente de fundamento, al invocar los motivos del art. 88-1 y no los específicos del art. 87-1c.

²⁰ Así, por ejemplo, STS 16-1-98 (R. 345); 21-1-99 (R. 351); 12-11-99 (R. 2666); 20-1-00 (R. 905); 31-3-00 (R. 3836).

cados por el recurrente a los motivos específicos del art. 87-1c LJ, entrando a conocer del asunto.

Ciertamente esta doctrina permite al Tribunal Supremo entrar a conocer del fondo de las cuestiones planteadas, pero en muchas ocasiones el razonamiento es muy discutible, pues las infracciones del ordenamiento se hacen pasar por extralimitaciones con respecto a la sentencia.

En otras ocasiones, como ocurre en la STS 25-5-99 (R. 5621) el Tribunal Supremo va más allá: afirma que no se dan los supuestos del art. 87-1c, «razones que motivan el rechazo del recurso de casación», lo cual, de por sí excluiría el examen del fondo de las cuestiones planteadas. Y sin embargo el Tribunal efectúa su análisis «en aras a la efectividad del contenido esencial del art. 24 CE», entrando a estudiar los motivos de casación.

Pero el Alto Tribunal ha dado pasos aún más avanzados. En la STS 28-9-99 (R. 8836). El Tribunal comienza exponiendo la doctrina tradicional, pero a continuación se olvida de todo lo que ha dicho y pasa a analizar, sin mayores problemas, los motivos alegados por el recurrente, que no son los del art. 87-1c, sino los del art. 88-1, sin hacerse cuestión sobre ello, dando al recurso el tratamiento de cualquier otro basado en los motivos ordinarios. E incluso en ocasiones ha prescindido total y absolutamente de exponer la doctrina tradicional acerca de este recurso de casación, y le ha dado el trato propio de un motivo por infracción del ordenamiento y de la jurisprudencia²¹.

Existe también una jurisprudencia según la cual en este recurso no cabe involucrar problemas fácticos o jurídicos de apreciación de prueba planteados respecto de los incidentes de determinación de la indemnización de daños y perjuicios, por tratarse de cuestión de hecho que corresponde exclusivamente al Tribunal de instancia (STS 12-1-98, R. 820). Lo importante de esta declaración, a los efectos que aquí interesan, es que el Tribunal Supremo la hace después de afirmar que realmente en ejecución no se ha producido contradicción con la sentencia, afirmación ésta que sería innecesaria de acuerdo

²¹ STS 17-12-96 (R. 9266); 17-9-97 (R. 6813) como *obiter dictum*; 1-6-99 (R. 5636).

con la doctrina tradicional. Por lo demás, la desestimación de la casación por esta causa revela que el Tribunal Supremo tiende a aplicar la doctrina propia de los motivos ordinarios, ya que el art. 88-1d LJ excluye de la casación las cuestiones de hecho.

En todos estos casos, pues, el Tribunal Supremo ha entrado a conocer del fondo de las cuestiones, apoyándose en argumentaciones un tanto retorcidas, que serían innecesarias si se entendiera que el art. 87-1c LJ contiene meros presupuestos —que no deben ser interpretados restrictivamente— para la procedencia del recurso de casación, concurriendo los cuales es preciso alegar los motivos recogidos en el art. 88-1 LJ.

3. LA POSIBILIDAD DE RECURSO DE CASACIÓN CONTRA AUTOS EN LOS CASOS DE IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN O CUANDO SE ALEGA INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL

Gran importancia tiene también la jurisprudencia en virtud de la cual procede el recurso de casación contra determinados autos.

Esta jurisprudencia suele invocar la doctrina tradicional, pero inmediatamente se ve obligada a reconocer que hay algunos supuestos muy especiales.

A) Uno de ellos es el del auto que acuerda la imposibilidad de ejecución de una sentencia (art. 105 LJ), contra el cual el Tribunal Supremo reconoce la procedencia del recurso de casación²², basándose en que no hay resolución que contradiga más lo decidido en sentencia que aquella que la declara inejecutable, añadiendo que en tal impugnación podrán articularse todos aquellos motivos que se refieran a la posibilidad o imposibilidad de la ejecución, al hecho de si en el caso de imposibilidad procede o no la ejecución mediante indemnización, a la circunstancia de si la ejecución exige o no determinadas actuaciones o no exige ninguna, y a cualesquiera otros que, en opinión de las partes o del tribunal, puedan modular o impedir

²² Así, por ejemplo, STS 23-7-98 (R. 5766); 26-11-98 (R. 9463); 20-5-99 (R. 3643); 24-5-99 (R. 3910); 25-5-99 (R. 5621); 28-9-99 (R. 8836); 13-10-99 (R. 860 de 2000); 27-6-00 (R. 5691).

la ejecución, y ello porque todas esas cuestiones afectan de una u otra manera a la integridad del fallo.

No obstante, hay que reconocer que esta doctrina tiene sus limitaciones. Por un lado, este argumento sirve para justificar la procedencia del recurso de casación contra autos que declaran la imposibilidad de la ejecución de la sentencia, pero no para los que deniegan esa imposibilidad, y en tal sentido el Tribunal Supremo ha afirmado que no cabe recurso de casación contra el auto que rechaza la imposibilidad de la ejecución de la sentencia (ATS 24-7-98, R. 6521; STS 29-12-98, R. 10124).

Por otro lado, la jurisprudencia ha rechazado que por esta vía puedan plantearse otro tipo de cuestiones surgidas en ese incidente, como la cuestión de la fijación de la indemnización por la inejecución.

No obstante, la STS 29-10-97 (R. 7756) supone, a su vez, una importante excepción a esta regla general. El caso fue el siguiente: en virtud de sentencia se anuló una multa por contrabando y se dejó sin efecto el comiso administrativo de un barco. Pero entre tanto el barco se había vendido en pública subasta, hundiéndose posteriormente. En el incidente de ejecución el tribunal fijó una indemnización por la imposibilidad de ejecución total de la sentencia, atendiendo al valor del barco en el momento de la tramitación de dicho incidente. El Abogado del Estado interpuso recurso de casación contra el auto resolutorio del incidente de ejecución, por entender que debía atenderse al valor del barco en el momento del comiso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, indicando que «*la sentencia ejecutada para nada resuelve, directa o indirectamente, la cuestión relativa a la indemnización*» sustitutoria, «antes al contrario, ésta es una cuestión específicamente propia de estos incidentes a tenor del art. 18-2 LOPJ».

B) Otro de los supuestos en que el Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de este recurso de casación se da cuando el recurrente invoca la infracción de preceptos constitucionales al amparo del art. 5-4 LOPJ²³.

²³ STS 15-11-94 (R. 8513); 26-11-98 (R. 9463); 25-5-99 (R. 5621); 28-9-99 (R. 8836); 13-10-99 (R. 860 de 2000); 27-6-00 (R. 5691).

Esta jurisprudencia, no obstante, es bastante discutible. En efecto, sólo la primera de las citadas sentencias (la de 15-11-94) tiene como *ratio decidendi* la invocación por el recurrente de un precepto constitucional, en concreto, el art. 24 CE, aludiendo el Tribunal expresamente a lo dispuesto en el art. 5-4 LOPJ. En cambio, en el resto de las sentencias citadas la mención al art. 5-4 LOPJ constituye un mero *obiter dictum*, por lo que su valor como doctrina jurisprudencial es muy discutible.

Realmente, la mera mención de infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5-4 LOPJ no es suficiente para abrir la vía al recurso de casación, como la propia jurisprudencia ha puesto de manifiesto cuando resuelve recursos de casación contra sentencias, toda vez que el art. 5-4 lo limita a «los casos en que, *según ley*, proceda dicho recurso»: para abrir esta vía no basta con mencionar un precepto constitucional, sino que es necesario que tal recurso sea procedente según Ley. Esta matización es importante, porque la fundamentación última de la procedencia del recurso de casación contra autos dictados en ejecución de sentencias es el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

4. LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN POR VICIOS DE PROCEDIMIENTO

Más importante es la doctrina jurisprudencial que reconoce la procedencia de este recurso de casación incluso cuando se invocan vicios de procedimiento en la ejecución de sentencias.

En efecto, la STS 18-1-00 (R. 903) dice que «la demasía respecto de lo ejecutoriado se comete tanto cuando se contradicen materialmente los términos del fallo como cuando se incurre en un *exceso o desajuste desde el punto de vista formal*, por resolver la cuestión que debe decidirse en ejecución de sentencia siguiendo un trámite que origina indefensión a alguna de las partes y, por ende, al margen del procedimiento legalmente establecido que debe sujetarse a las garantías procesales».

Esta doctrina constituye la *ratio decidendi* de la sentencia, declarando haber lugar al recurso, lo que aumenta su importancia.

No obstante, la argumentación de la sentencia es algo confusa, al no haberse atrevido a romper con la doctrina tradicional.

En efecto, el recurrente invocó vicio procedimental causante de indefensión por la vía del art. 88-1d, frente a lo cual la sentencia manifiesta que «la indefensión que se estima producida es aquella a que alude el art. 88-1c LJ, la cual debió denunciarse en casación por el cauce del art. 87-1c».

A la vista de esta razonamiento, podría parecer que la sentencia distingue entre los presupuestos y los motivos: presupuesto del recurso de casación sería la resolución de una cuestión no decidida en la sentencia; y el motivo, la infracción contemplada en el motivo 3.º del art. 88-1 (quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, siempre que se haya producido indefensión para la parte).

Hasta este punto el razonamiento de la sentencia es correcto. Sin embargo, a partir de ahí ese razonamiento sufre un quiebro, como si la sentencia no se atreviera a despegarse del todo de la jurisprudencia tradicional, de tal forma que convierte los supuestos del art. 87-1c en motivos de casación. Esto la obliga a extender desmesuradamente los conceptos, indicando que los vicios procedimentales en el proceso de ejecución causantes de indefensión constituyen una «demasía respecto de lo ejecutoriado». Y a continuación, incoherentemente, la sentencia da otro quiebro y abandona la doctrina jurisprudencial tradicional, al considerarse obligada a justificar que no se incumplió la obligación prevista en el art. 88-2, es decir, la obligación de solicitar la subsanación del vicio en el momento procesal oportuno.