

Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusia Administrazio-Auzietako Salaren 1. Atala

C/ Barroeta Aldamar, 10 2ª Planta - Bilbao
94-4016655 - tsj.salacontencioso@justizia.eus
NIG: 4802045320210000101

0000013/2023 Sección: IJR Ejecución provisional / Behin-behineko betearazpena

Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
0000463/2021 - 0 Procedimiento ordinario (Migración)

AUTO

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE: D. Luis Angel Garrido Bengoetxea.

MAGISTRADOS: D. Luis Javier Murgoitio Estefania.
Dª. Trinidad Cuesta Campuzano.

Siendo Ponente D. Luis Javier Murgoitio Estefania.

En Bilbao, a 09 de julio del 2023.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Dña. Yolanda Cortajarena Martínez, actuando en nombre de Dña. Irma Domingorena Zapirain, parte actora en el presente recurso contencioso-administrativo, se presentó escrito ante este Tribunal solicitando la ejecución provisional de la Sentencia 55/23 de fecha 6/2/22 dictada en el Ordinario 463/21 de esta Sala. Sentencia que fué recurrida en casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo por el Ayuntamiento de Iurreta.

SEGUNDO.- De dicho escrito se ha dado traslado al resto de partes personadas por plazo de Cinco días a fin de presentar alegaciones.

TERCERO.- Por la procuradora Dña. Isabel Sofia Mardones Cubillo en nombre del Excmo. Ayuntamiento de Iurreta se presentó el 20/6/23, escrito de oposición a la ejecución provisional instada en contrario que queda unido a las actuaciones; habiéndose dejado precluir el trámite el resto de partes personadas y pasándose, seguidamente, las actuaciones al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente a fin de proponer al Tribunal resolución.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En este ramo separado de ejecución provisional de la Sentencia de 6 de febrero de 2.023, dictada en el R.C-A nº 463/2021, y que no ha alcanzado firmeza al haberse tenido por preparado Recurso de Casación ante la Sala Tercera

Firmado por:
Luis Javier Murgoitio Estefania,
Luis Angel Garrido Bengoetxea,
Trinidad Cuesta Campuzano,
Begoña Monasterio Torre

URL firma electrónica./Sinadura elektronikoa URLa: <https://psp.justizia.eus/SCDD/Index.html>

Fecha: 12/07/2023 14:49

CSV: 4802033001-137440854ed175c7b343bb22fa7dc4ddLGpBAA==

del Tribunal Supremo y elevado las actuaciones el pasado 2 de mayo de este año, la representación procesal de la recurrente en la instancia, insta que se acuerde por esta Sala en base al artículo 91 de la LJCA, su reincorporación inmediata al puesto de Secretaria del Ayuntamiento de Iurreta, -y no así en este momento el abono de los haberes que pudieran resultar a su favor por el tiempo en que se ha mantenido el cese-, una vez que la referida sentencia anula y deja sin efecto la separación del mismo a que procedió dicha corporación.

Opuesta la representación de esta última, se hace especial referencia a lo que establece el artículo 91.3 de la ley jurisdiccional, por entender que la adopción de esa medida provisional puede alcanzar consecuencias irreversibles y originar perjuicios irreparables a quien no ha sido parte en el proceso, que ocuparía actualmente ese puesto con carácter “accidental” mediante un nombramiento al efecto, -que adjunta-, que tendría eficacia hasta tanto el puesto fuese legalmente cubierto. Cita en particular, una Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2.007, de la que transcribe diversos párrafos, en la que se hace aplicación del límite que dicho precepto consagra.

SEGUNDO.- El cometido que le corresponde al Tribunal cuando se trata de hacer valer la posibilidad de que la sentencia no firme, se ejecute provisionalmente, y, por ello, a resultas de que llegue finalmente a confirmarse en vía del recurso devolutivo pertinente, es ponderar cuales puedan los intereses en riesgo de pérdida irreparable que puedan obstar a lo que, en principio, no es una posibilidad excepcional de ejecución, sino una modalidad de la misma asequible para quien ha obtenido una sentencia a su favor.

Sin desconocer que en esta materia siempre reinará un necesario casuismo que no excluye pronunciamientos como el que el Ayuntamiento de Iurreta ejecutado menciona, -no sin obviar que se trataba en ese supuesto de la reocupación de un cargo colegial profesional en que se preservaba el interés de un eventual posterior electo-, la situación que en este caso se presenta por dicha parte opuesta se caracteriza precisamente por no enunciar cuales serían los perjuicios irreversibles que experimentaría quien, como funcionaria administrativa del propio Ayuntamiento, ha pasado a ocupar de manera tan condicional y precaria un cargo que necesariamente por alguien debe ser desempeñado. Y es que precisamente, solo si se hace supuesto de la cuestión, puede entenderse que dicha funcionaria secretaria accidental, -digna de todo mérito y reconocimiento por su labor-, cuente con un interés propio y específico reconocido por el ordenamiento jurídico por el que su nombramiento prevalezca frente a la sentencia que reconoce el derecho a ocuparlo por quien lo detentaba legítimamente con anterioridad. Antes bien, todos los posibles perjuicios que se podrían vislumbrar, -de existir alguno-, resultarían reparables por su misma naturaleza, (a lo sumo, económica) y no puede acogerse la mención de esa provisión accidental como un reparo a la ejecución que, tal y como se plantea por la Administración municipal, podría incluso trasladarse sin mayor esfuerzo a la inejecución de una Sentencia definitiva, enervando el sentido útil del proceso y el derecho a obtener en él la tutela de los tribunales.

Por todo lo anterior resulta completamente insostenible el enfoque que el Ayuntamiento dedemandado atribuye a este incidente de ejecución provisional, pues parece ignorarse que el proceso no comienza ahora, sino que se ha dictado ya una sentencia definitiva desfavorable a sus tesis, y se vuelven a replantear aspectos

Firmado por:
Luis Javier Murgotio Estefanía,
Luis Angel Garrido Bengoetxea,
Trinidad Cuesta Campuzano,
Begoña Monasterio Torre

URL firma electrónica./Sinadura elektronikoa URLa: <https://psp.justizia.eus/SCDD/Index.html>

Fecha: 12/07/2023 14:49

CSV: 4802033001-137440854ed175c7b343bb22fa7dc4ddLGpBA==

Firmado por:
Luis Javier Murgotio Estefanía,
Luis Angel Garrido Bengoetxea,
Trinidad Cuesta Campuzano,
Begoña Monasterio Torre

URL firma electrónica./Sinadura elektronikoa URLa: <https://psp.justizia.eus/SCDD/Index.html>

Fecha: 12/07/2023 14:49

CSV: 4802033001-137440854ed175c7b343bb22fa7dc4ddLGpBA==

referidos a sus propios intereses y pretendidas discrecionalidades, en orden a hacer prevalecer en el cargo a la funcionaria citada frente a la que la sentencia determina, cualesquiera que sean sus preferencias. Decir así que la ejecución provisional vulneraría el artículo 54 del Reglamento aprobado por Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por la circunstancia de que no se prevea en el mismo que el secretario/a accidental deba cesar automáticamente por la designación de un secretario/a interino, comporta un craso error de juicio, pues quien ha ganado una sentencia que le reconoce la situación individualizada de ocupar el cargo, no viene a suceder a nadie, ni tiene que confrontar su jerarquía, ni blandir la superioridad de título para suplantar a quien accidentalmente se encarga del oficio, pues ya detentaba con anterioridad el derecho o facultad a ejercer el cargo, que ha sido truncada por una actuación ilegítima, y su reincorporación no es una novedad a rebatir en términos de preferencias reglamentarias, sino la consecuencia jurídica natural del restablecimiento de la legalidad vulnerada por fuerza de la sentencia que los actos contrarios a derecho han ocasionado, y no opera en base a dicho reglamento, como cree el Ayuntamiento, sino en base al artículo 117 de la CE y los artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, entre otros que consagran la potestad jurisdiccional.

Para concluir, se va a recoger un ejemplo del modo en el que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, acoge la ejecución provisional en situaciones que, sin duda alguna, se presentan como mucho más problemáticas desde el prisma de su reversibilidad, y citamos la STS, C-A, Sección 4ª, de 3 de julio de 2018 (ROJ: STS 2587/2018) en Cas. nº 2198/2016, que dice así;

“La correcta resolución de este recurso de casación requiere identificar con claridad la cuestión esencial que se dilucida y, una vez establecida y resuelta, extraer las consecuencias debidas.

Según hemos visto, Autopista Alcalá O’Donnell, S.A. obtuvo una sentencia favorable de la que resulta su derecho a que se resuelva el contrato que le adjudicó la concesión de referencia por mediar causa imputable a la Administración. No otro es el significado de su fallo declarativo de la existencia de esa causa. Cuando la recurrente pide que se ejecute esa sentencia, es decir que se dé efectividad al derecho que le reconoce a que el contrato se resuelva por la razón indicada, está reclamando algo que es inherente a la efectividad del pronunciamiento de la sentencia ya que, aunque en ella no se hable del expediente de resolución, la declaración que efectúa lo implica porque es el cauce de realización de ese derecho.

Por otro lado, el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción establece que la preparación de un recurso de casación, no sólo no impide la **ejecución provisional** de la sentencia favorable obtenida en la instancia (apartado 1), sino que faculta expresamente a las partes para instarla (apartado 2). De igual modo, los únicos límites que establece a la **ejecución provisional** son los consistentes en que pueda suponer la creación de situaciones **irreversibles** o causar perjuicios de difícil reparación (apartado 3). A ellos se puede añadir el consistente en no prestar la caución establecida judicialmente o el incumplimiento de las medidas que se acuerden por el juzgado para paliar los perjuicios de cualquier naturaleza que esa **ejecución provisional** pueda llevar aparejada (apartado 3).

Pues bien, según se desprende del resumen que hemos hecho de los autos cuestionados, ninguna referencia hay en ellos a la irreversibilidad de la situación que pueda resultar de la **ejecución provisional** ni tampoco a los perjuicios que de ella derivarían. Tampoco hay mención a las medidas a las que alude el artículo 91.3 de la Ley de la Jurisdicción ni a la presentación de caución.

En estas condiciones, no había razón para denegar lo solicitado por Autopista Alcalá OŽDonnell, S.A. pues ni el carácter declarativo al que alude la Sala de instancia ni el carácter provisional de la ejecución o la naturaleza de esta misma, la incoación del expediente de resolución, están impedidas, como dice el escrito de interposición, por el artículo 91 citado.

(.....) Autopista Alcalá OŽDonnell, S.A. al instar la **ejecución provisional** ejerció su derecho a la tutela judicial efectiva pues, ciertamente, está comprendida en el mismo. Dado que no se hicieron valer las razones que legalmente podían impedirla y que, según hemos dicho, el pronunciamiento de instancia incluye lo solicitado en el incidente de ejecución, Autopista Alcalá OŽDonnell, S.A. tenía derecho a la **ejecución provisional**. (.....)"

TERCERO.- Las costas son de cargo de la parte opuesta en base al artículo 139.1 LJCA.

En su virtud, la Sala, (Sección Primera) dicta al siguiente;

PARTE DISPOSITIVA

PROCEDER LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 2.023, SOLICITADA POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE DOÑA IRMA DOMINGORENA ZAPIRAIN, DEBIENDO DARSE POSESIÓN DEL CARGO DE SECRETARIA DEL AYUNTAMIENTO DE IURRETA EN PLAZO NO SUPERIOR A DIEZ DIAS, BAJO LEGALES APERCIBIMIENTOS, CON IMPOSICIÓN DE COSTAS A LA ADMINISTRACION OPUESTA.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante **RECURSO DE REPOSICIÓN**, por escrito presentado en esta Sala en el plazo de **CINCO DÍAS**, contados desde el siguiente a su notificación, no obstante lo cual se llevará a efecto la resolución impugnada (artículo 79.1 LJCA).

Para la interposición del recurso será necesaria la previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el BANCO SANTANDER, con n.º 4697 0000 95 001323, de un **depósito de 25 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso". Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15.ª LOPJ).

Así por este su auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados antes nombrados, componentes de este Tribunal, de lo que yo, Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

Firmado por:
Luis Javier Murgotio Estefanía,
Luis Angel Garrido Bengoetxea,
Trinidad Cuesta Campuzano,
Begoña Monasterio Torre

URL firma electrónica./Sinadura elektronikoa URLa: <https://psp.justizia.eus/SCDD/index.html>

Fecha: 12/07/2023 14:49

CSV: 4802033001-137440854ed175c7b343bb22fa7dc4ddLGpBA==

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Ejecución provisional
000013/2023-AUTO
09 de julio del 2023

Firmado por:
Luis Javier Murgotio Estefanía,
Luis Angel Garrido Bengoetxea,
Trinidad Cuesta Campuzano,
Begoña Monasterio Torre

URL firma electrónica./Sinadura elektronikoa URLa: <https://psp.justizia.eus/SCDD/Index.html>

Fecha: 12/07/2023 14:49

CSV: 4802033001-137440854ed175c7b343bb22fa7dc4ddLGpBAA==