

SECCION CUARTA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

N.I.G.:12040-45-3-2019-0001059

Procedimiento: Ejecución de títulos judiciales [ETJ] - [REDACTED]

Sobre:

De: D/ña. ASOCIACION DE ABOGADOS CRISTIANOS

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Contra: D/ña. AYUNTAMIENTO DE BETXI

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

A U T O N° 2 4 3 / 2 3

Magistrados Iltmos. Sres.:

Presidente:

[REDACTED]

Magistrados/as:

[REDACTED]

En VALENCIA a seis de noviembre de dos mil veintitrés.

H E C H O S

Primero.- La representación procesal de ASOCIACION ESPAÑOLA DE ABOGADOS CRISTIANOS interpuso recurso de apelación contra la Sentencia n° [REDACTED] de fecha 24/03/2022 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n° 1 de Castellón en el PO [REDACTED] con pronunciamiento de inadmisibilidad por falta de legitimación activa.

Segundo.- En fecha 05/04/23 se dictó sentencia n° [REDACTED] por esta sala y sección, cuya parte dispositiva dice:

"FALLAMOS:

1- *Estimar el recurso de apelación presentado por la Asociación de Abogados Cristianos, contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n°1 de Castellón de la Plana de 24 de marzo de 2022, en el Procedimiento 524/2022 con pronunciamiento de inadmisibilidad; sentencia que se declara contraria a derecho y anula.*

2.- *Estimar el recurso contencioso-administrativo entablado por la Asociación de Abogados Cristianos contra la actuación material por la vía de hecho objeto de la impugnación y en tal sentido:*

a) *Se declara contraria a derecho y anula.*

b) *Se impone al Ayuntamiento de Betxí que por la Alcaldía disponga lo necesario para la colocación de la cruz al final de la Calle del Calvario, concretamente en el lugar de ubicación inmediatamente anterior a la vía de hecho.*

c) *Sin imposición de las costas procesales en la instancia."*

Tercero.- Frente a la sentencia interpuso recurso de casación el AYUNTAMIENTO DE BETXI, que tuvo por preparado esta Sala y remitidas las actuaciones al Tribunal Supremo.

Cuarto.- En fecha 27/07/23 la parte ejecutante solicitó la ejecución provisional de la sentencia nº [REDACTED].

Quinto.- Dado traslado, presentó alegaciones la representación del AYUNTAMIENTO DE BETXI oponiéndose a la misma.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- La ejecución provisional de sentencias frente a las que se hubiere preparado recurso de casación se contempla en el art. 91 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa disponiendo que (...) *La preparación del recurso de casación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida.*(...).

La solicitud de ejecución provisional corresponde a las partes favorecidas por la sentencia, prescribiendo el apartado 3 de dicho artículo que *"el Tribunal de instancia denegará la ejecución provisional cuando pueda crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de difícil reparación."*

Segundo.- Acerca de la ejecución provisional en el orden Contencioso-administrativo tiene manifestado el Tribunal Supremo el derecho a instar y obtener satisfacción - la ejecución provisional de las sentencias dictadas - en este orden jurisdiccional bajo determinadas y muy contadas condiciones establecidas en la ley.

Así STS de 01/12/2011 (R 4175/2010 de la Sala 3ª), fundamento de derecho cuarto:

[...]Avala esta afirmación el hecho de que se eliminase del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la mención a que la ejecución provisional se otorgaría sólo en el caso de que resultase la única medida para garantizar los intereses de la parte solicitante.

Esta línea doctrinal ha encontrado plena acogida en la jurisprudencia de esta Sala, expresada entre otras muchas en su sentencia de 25 de julio del 2007 , en cuyo fundamento jurídico cuarto establece:

"El derecho a la ejecución provisional se regula en el artículo 91 de la LRJCA , donde se establece un principio general favorable a la ejecución, y en este sentido, como señala la STS de 5 de noviembre de 1999 --estableciendo doctrina que, aunque referida al artículo 98 de la anterior normativa, es plenamente trasladable a la vigente--: "...las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia que se hallen pendientes de recurso de casación debidamente preparado, son en principio ejecutables, como se desprende inequívocamente de lo dispuesto en el artículo 98, tanto mediante la afirmación concreta en cuanto a esa posibilidad que contiene el párrafo primero del mismo, como en atención a lo que se ordena con respecto a la conservación del testimonio necesario para llevarla a cabo que se especifica en el párrafo segundo.

Esta es la doctrina general que indiscutiblemente ha de primar en relación con el tema, y que se halla en congruencia perfecta con la presunción de veracidad y acierto que ha de atribuirse a las resoluciones judiciales en la instancia.

La evolución legislativa en materia de ejecución provisional de sentencias no firmes ha llegado a disociar, como ponen de relieve nuestros procesalistas, las nociones de firmeza y de ejecutabilidad de las sentencias. Se trata ahora de conceptos

independientes, y cada uno de ellos actúa en su esfera propia.

El ordenamiento procesal permite hoy como regla general la ejecución de resoluciones judiciales que no han adquirido firmeza; es decir, de resoluciones que, siendo susceptibles de recurso, han sido efectivamente recurridas. Es ese el punto de partida de la ejecución provisional a discutir en este motivo, en el que nos encontramos, además, ante una sentencia recurrida en la vía limitada y extraordinaria que representa la casación contencioso-administrativa, lo que acentúa las posibilidades de ejecución provisional.

El artículo 91.3 de la LJCA permite así que se decrete, a instancia de parte, la ejecución provisional de sentencias recurridas en casación siempre que no se creen situaciones irreversibles o se causen perjuicios de difícil reparación"

Más recientemente, en la misma línea, la STS de 03/07/2018 (R 2198/2016), fundamento de derecho cuarto

<<[...] 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).>>

Tercero.- El art 91 LJCA no contiene previsión acerca de que órgano jurisdiccional sea el competente para conocer la solicitud de ejecución provisional cuando el Tribunal Superior de Justicia hubiese dictado sentencia en un recurso de apelación. La representación del Ayuntamiento de Betxí alega corresponder al órgano jurisdiccional de instancia, por consiguiente en este caso, Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de Castellón. Acerca de tal problemática el Auto de 7 de julio de 2021 del pleno de la Sala, dictado en el pa 199/2020 de la Sección primera. De dicho pormenorizado auto viene a cuento reproducir su F.D tercero:

"TERCERO.-Interpretación de los preceptos que sustentan la decisión favorable a la competencia de la Sala.

Planteado el debate en los términos expuestos, esta Sala se decanta por la competencia de este Tribunal y no del Juzgado que dictó la sentencia apelada, sin dejar de reconocer que se trata de un asunto vidrioso y discutible. Para decantarnos por nuestra competencia desbrozaremos los argumentos que defienden el posicionamiento favorable a la competencia de los Juzgados, que rechazamos, destacando a continuación los que apoyan y sostienen nuestra atribución.

A) Argumentos favorables a la tesis de la atribución de la competencia de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo que la Sala debe desechar:

1º No cabe la aplicación supletoria de la LEC- art. 535.2-, de acuerdo con la disposición adicional 1ª de la LJCA, al no existir laguna legal y estar contemplada la ejecución provisional en los arts. 91, 87 y 86 de la LJCA, que si bien no definen de manera precisa la competencia sí permiten, por el contrario, llegar a una solución favorable a la atribución del asunto a la Sala a partir de una interpretación sistemática e integradora de tales preceptos .

2º No sirve la regulación del art. 80.1 b), que se refiere a la apelación de los autos recaídos en ejecución de sentencia. Estos autos no pueden ser ni referirse a los de la ejecución ejecución provisional que estamos tratando sino a la definitiva de sentencias

firmes, por cuanto existe una previsión específica incompatible con la anterior en el sentido de que cabe apelación contra los autos recaídos en aplicación de los arts. 83 y 84, refiriéndose este último precepto a la ejecución provisional en sede de apelación, mientras que en nuestro caso estamos ante la ejecución provisional en fase de recurso de casación.

3º No es posible la invocación del art. 7.1 de la LJCA precepto de carácter genérico que por su carácter programático y enunciador de principios generales debe ceder ante la especificidad de los arts. 86,87 y 91 de la LJCA que sí contemplan la ejecución provisional en sede de casación y nos proporcionan la clave para la solución del caso.

4º Tampoco cabe recurrir al art. 103. 1 y 2 de la LJCA que se refiere a la ejecución definitiva de las sentencias firmes atribuidas a los Juzgados o Tribunales que las hayan dictado, situación diversa a aquella en la que nos encontramos relativa una ejecución provisional de una sentencia que no ha ganado firmeza.

B) Argumentos favorables a la competencia de la Sala.

Este mismo criterio, si bien sin razonamiento explícito, ha sido defendido por el auto firme de fecha 1-3-2021, recaído en la apelación 52/2019, dictado por la Sección 1ª de lo Contencioso Administrativo de este Tribunal Superior, donde se admite la competencia de la Sala para la ejecución provisional de una sentencia revocatoria de otra dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Alicante en el recurso contencioso administrativo nº 510/2012. De igual modo también el auto del Tribunal Supremo de 13-7-2016, recurso 2804/2015, parece defender la competencia de los Tribunales Superiores pero sin atender a la perspectiva que hemos analizado de las modificaciones procesales introducidas tras la reforma de la L.O. 7/2015.

De igual modo el Tribunal Supremo admite con toda naturalidad, si bien a modo de "obiter dicta", la competencia de la Sala en las sentencias nº 1701/2020, de 10 de diciembre, recurso 7176/2019 y nº 1581/2020, de 23 de noviembre, recurso 4507/2019, fundamento de derecho cuarto, con el siguiente razonamiento: "...Para ello basta señalar que al haberse recurrido en casación la sentencia dictada por la Sala de Madrid y no ser, por tanto, firme, la posibilidad de ejecutarla quedaba supeditada- ex art. 91 LJCA- a que la Comunidad de Madrid solicitara de aquella Sala la ejecución provisional de la sentencia y que ésta accediera a ello." Lo significativo de tal razonamiento es que se hace explícita mención al art. 91 de la LJCA, al que a continuación aludiremos, como salida y solución legal del caso.

Pues bien, de la interpretación sistemática de los artículos ya mencionados, que son el 86, 87 y 91 de la LJCA podemos extraer la conclusión favorable a la competencia de la Sala cuando se trate de la ejecución provisional de una sentencia del TSJ recurrida en casación.

No puede pasar desapercibido la distinta redacción del art. 91.3 y 4 de la LJCA de acuerdo con la Ley 13/2009, de 3 de noviembre en cuanto disponía lo siguiente: " 3. El Juez o Tribunal denegará la ejecución provisional cuando pueda crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de difícil reparación.

4. Cuando se tenga por preparado un recurso de casación, el Secretario judicial dejará testimonio bastante de los autos y de la resolución recurrida a los efectos previstos en este artículo".

Sin embargo, la regulación actual contenida en el art. 91 nº 3 y 4 tan mencionado, que regula la ejecución provisional en sede de casación, establece que : "3. el Tribunal de instancia denegará la ejecución provisional cuando pueda crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de difícil reparación." Y su nº 4 añade: " Cuando se tenga por preparado el recurso de casación el letrado de la Administración de Justicia dejará testimonio bastante de los autos y de la resolución recurrida a los efectos previstos en este artículo."

La exégesis del precepto requiere hacer mención a la reforma de la casación introducida por la L.O. 7/2015, de 21 de julio, que dio una nueva redacción a este precepto y que suprimió la mención que se contenía en el nº tres al "Juez" que también podía denegar la ejecución provisional, mientras que en la nueva regulación solo se contempla al Tribunal como sujeto competente para otorgar o denegar la ejecución

provisional, pudiendo interpretarse esa supresión como indicativa de la atribución de la competencia a un órgano colegiado, distinto del órgano unipersonal, que es el Juzgado.

Lo significativo es que esta mención casa y tiene engarce con la mención que se hace en el nº 4 a que una vez preparada la casación el letrado de la Administración de Justicia dejará testimonio bastante de los autos y de la resolución recurrida a los efectos de facilitar la ejecución provisional. El precepto debe referirse al letrado de la Sala o Tribunal, que es el que decide cuando se admite y se tiene por preparada la casación, de ahí que deba quedar en su poder testimonio bastante de las actuaciones con el fin de facilitar la ejecución provisional por si se solicitase. No se puede entender que pueda ser el letrado del Juzgado de lo Contencioso ajeno a cualquier pronunciamiento sobre la preparación de la casación, competencia diáfana de la Sala.

A su vez y dentro de la misma línea hermenéutica el art. 87 de la LJCA establece lo siguiente: "1. También son susceptibles de recurso de casación los siguientes autos dictados por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, con la misma excepción e igual límite dispuestos en los apartados 2 y 3 del artículo anterior:

a) Los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación.

b) Los que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares.

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 se ejecuta.

d) Los dictados en el caso previsto en el artículo 91.

e) Los dictados en aplicación de los artículos 110 y 111".

Remata la anterior afirmación, tesis favorable a la competencia de la Sala, el citado art. 87.1 d) que concede casación contra los autos dictados por las Salas de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de la ejecución provisional prevista en el art. 91 ya citado, pero no la contempla para los autos que se pudieran dictar por los Juzgados unipersonales. Conviene destacar que tras la reforma de la casación introducida por la L.O. 7/2015 se modificó el art. 86 de nuestra Ley Jurisdiccional en el sentido de permitir la casación también contra las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, pero se mantuvo intacta la redacción del art. 87 que en materia de autos solo aprueba la casación contra autos de las Salas de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia.

Siendo innegable que cabe casación contra los autos dictados en materia de ejecución provisional por parte de las Salas ya indicadas tanto de los Tribunales Superiores de Justicia como de la Audiencia Nacional, nunca cabría la posibilidad de que los Juzgados de lo Contencioso Administrativo pudiesen dictar este tipo de autos contra los que no cabría casación al no contemplarla el mencionado art. 87. 1 d) de la LJCA, de manera que si admitiéramos su competencia se estaría cercenando el derecho de las partes a interponer un recurso legalmente previsto.

Como conclusión, cabe sostener que si se atribuyese la competencia a los Juzgados se vedaría el derecho reconocido en el mencionado art. 87.1 d) de permitir la casación, pues no está contemplado ese derecho contra autos de los Juzgados y solo para los de los Tribunales, a pesar de haber tenido el legislador la oportunidad con la reforma de la L.O. 7/2015 de introducir la casación para este tipo de autos de los juzgados, omisión que reafirma lo anterior. Si devolviésemos el asunto al Juzgado para que decidiese sobre la ejecución provisional estaríamos lastimando el derecho de la parte a presentar casación contra dicha resolución, derecho que como se ha destacado tiene reconocimiento legal y por cuya tutela se debe velar (art. 7.3 de la LOPJ).

En fin y como resumen final, mientras que no tiene apoyatura legal clara la competencia de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo en la materia que estamos tratando, por el contrario, sí encontramos suficiente amparo y cobertura legal en los preceptos que regulan la casación a los que tantas veces hemos aludido, para mantener en estos casos la atribución a la Sala, a través de una interpretación sistemática e integradora de los preceptos que regulan el nuevo modelo casacional introducido por la

L.O. 7/2015, donde encontramos la solución a la controversia suscitada a la que se puede llegar de manera lógica, sin estridencias y sin contradecir el sentido de los preceptos que apuntan en esa dirección."

Proyectado lo anterior a la pieza, hemos de rechazar el alegato del Ayuntamiento de Betxí, por ser atribución de esta Sala y Sección resolver sobre la petición de ejecución provisional.

Cuarto.- La petición de ejecución provisional referida a sentencia nº 136/2023 se funda invocando el artículo 527 de la LEC en relación a los artículos 517.1, 517.2.9º y art. 526 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No existe obstáculo, ni fáctico ni legal, para satisfacer la petición de ejecución provisional de la sentencia. Ello así por los razonamientos que siguen.

Reparemos en el pronunciamiento, apartado 2 b) del fallo: *"Se impone al Ayuntamiento de Betxí que por la Alcaldía disponga lo necesario para la colocación de la cruz al final de la Calle del Calvario, concretamente en el lugar de ubicación inmediatamente anterior a la vía de hecho."* Oponiéndose a la ejecución provisional, alega el Ayuntamiento *"la cruz se encontraba en una situación de deterioro que resultaba peligrosa y fue provisionalmente desmontada por la brigada municipal y dejada en la calle. Posteriormente fue trasladada de emplazamiento a un lugar que parecía adecuado"* y que la ejecución consistente *"en devolución de la cruz al emplazamiento anterior, pasa por su simple colocación en trozos desmontada, lo cual carece de toda virtualidad y sentido como símbolo religioso o elemento histórico artístico. No se podrían volver a montar por el motivo ya expuesto de seguridad para los transeúntes"*, de manera que para disponer de una cruz en el emplazamiento *"donde anteriormente se encontraba, debería construir una cruz nueva y ponerse en sustitución de la anterior rota, lo cual tampoco supondría una ejecución de la sentencia de Apelación en sus propios términos. No se ordena la colocación de una nueva cruz sino la reposición de la anterior, lo cual resulta materialmente imposible"*

Sin embargo, las cosas no son exactamente así. El fundamento de derecho séptimo de la sentencia nos ilustra sobre el buen entendimiento del fallo: *"Nuestro pronunciamiento en este punto hemos de acomodarlo necesariamente a lo prescrito en los artículos 32.2 y 71.1 de la ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. El primero relativo a las pretensiones del demandante cuando el objeto del recurso fuere una actuación material constitutiva de la vía de hecho - incluyendo la orden de cese de la actuación, como también las medidas previstas en el art. 31.2-; el segundo el contenido del fallo, particularmente su letra b).* Pues bien, en el caso de autos *"el cese de la actuación"* declarada como vía de hecho conduce necesariamente a satisfacer la segunda de las pretensiones articuladas por la Asociación de Abogados Cristianos. Limitado el pronunciamiento a la mera declaración de nulidad supondría la negación del

derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ex artículo 24 de la Constitución. Con el matiz en lo tocante a la reparación llevada a efecto de la cruz, un actuar en concreto que no ha sido objeto de controversia, viniendo a aceptarse por parte de la Asociación de abogados cristianos (incluso extraemos de sus escritos procesales que de buen grado).

Las facultades públicas municipales por imperativo constitucional en todo caso deben activarse con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y ello también cuando sea notable el componente discrecional de las mismas. Por consiguiente, repárese en que el presente litigio se nos ha presentado en términos bien diferentes a otros con desenlace desestimatorio ante problemática en el fondo muy similar; baste referirnos a las sentencias de esta Sala de 25-7-2021 (r. 182/2019, sección 1ª) o de 11-1-2022 (R. 2/2019, de esta sección 4ª). La fundamentación que nos conduce al pronunciamiento, no otra que el vicio de vía de hecho en que ha incurrido el Ayuntamiento de Betxí."

Reparemos en que la parte actora no interesó y la Sala no resolvió que se mantuviera el monumento/escultura en el estado de deterioro anterior a su restauración; lo que decidió la Sala en su misión jurisdiccional es que fuese trasladada a su anterior lugar de ubicación, dando por buena la restauración acometida por el Ayuntamiento. En suma, el traslado de la cruz ya restaurada desde la entrada/fachada del cementerio al lugar de la calle del Calvario, ubicación inmediatamente anterior a la vía de hecho. El correspondiente desmontaje y traslado de la cruz restaurada no es, desde luego "materialmente imposible", como alega sin fundamento la representación de la Administración municipal.

Quinto.- Los trabajos de desmontaje, traslado y colocación de la cruz tienen un coste que la Sala desconoce pero por las dimensiones de la cruz y escasa distancia entre su actual lugar de ubicación y el de su destino, la Sala prudentemente estima su coste en unos 3.000 euros. Montante que, ante la eventualidad de una sentencia del Tribunal Supremo que revocara la dictada por este órgano y conforme a lo prescrito en el art 91.1 LJCA, procede exigir a la parte ejecutante que asegure, depositando la correspondiente caución, aval bancario u otro medio de garantía idóneo.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA .

Ha lugar a la ejecución provisional de la de la sentencia nº 126/2023, de 5 de abril, previa constitución de garantía por parte de la parte ejecutante en el plazo de UN MES por importe de 3.000 euros. Constituida que sea en forma tal garantía, el Ayuntamiento de Betxí habrá de proceder al traslado de la cruz desde su ubicación en la puerta del cementerio a la ubicación inmediatamente anterior a la vía de hecho declarada por sentencia.

Sin imposición de costas.

Esta resolución no es firme y frente a la misma cabe interponer recurso de reposición en el plazo de **CINCO DÍAS** ante esta Sala.

Lo acuerdan, mandan y firman los Iltmos Sres. Magistrados anotados al margen.