

17-H

SECCIÓN 1ª ROLLO NUM. 586/11

**Apelante: ASOCIACIÓN GRANADINA LA RECUPERACIÓN DE LA MEMORIA
HISTORICA Y ADMINISTRACIÓN ESTAL**

Apelado: AYUNTAMIENTO DE GRANADA

X SENTENCIA 7-4-14

DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN

En Granada a _____ . Por el Servicio Común de Notificaciones de esta Sala, se procede a notificar la Resolución que al margen se indica a PROCURADOR D. FERNANDO AGUILAR ROS con entrega de copia literal de la misma y en la forma que determina el Art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, indicándole que la misma es firme y no cabe recurso alguno.

Leída y en prueba de quedar notificado y enterado, firma, de lo que certifico.

EL NOTIFICADO

EL FUNCIONARIO



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SECCIÓN PRIMERA
ROLLO NÚM. 586/2011
JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚM. 1 DE GRANADA

SENTENCIA NÚM. 972 DE 2.014
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE GRANADA

Ilma. Sra. Presidente:
Doña Beatriz Galindo Sacristán
Iltmos. Sres. Magistrados
Doña María Luisa Martín Morales
Don Antonio de la Oliva Vázquez
Don Rafael Roderó Frías

En la Ciudad de Granada, siete de abril de dos mil catorce. Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el recurso de apelación número 586/2011 dimanante del Procedimiento Ordinario núm. 258/2009, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de los de Granada, siendo parte apelante la **ASOCIACIÓN GRANADINA PARA LA RECUPERACIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA**, representada por el Procurador don Fernando Aguilar Ros y **EL ABOGADO DEL ESTADO**, y parte apelada el **AYUNTAMIENTO DE GRANADA**, representado por el Procurador don Leovigildo Rubio Pavés. La cuantía del procedimiento en primera instancia fue Indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo mencionado, en el recurso tramitado ante el mismo con el número reseñado, dictó sentencia de fecha 26 de noviembre de 2010 en la que se acordaba declarar la inadmisibilidad

del recurso contencioso administrativo formulado por la Asociación Granadina para la Recuperación de la Memoria Histórica frente al Acuerdo del Pleno adoptado en sesión ordinaria de fecha 27 de febrero de 2009, número 166 por el que se acuerda no retirar el monolito dedicado a José Antonio Primo de Rivera del espacio público Plaza de Bibataubín de Granada. Y declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo formulado por el Abogado del Estado frente al Acuerdo del Pleno adoptado en sesión ordinaria, de fecha 27 de febrero de 2009, número 166 por el que se acuerda no retirar el monolito dedicado a José Antonio Primo de Rivera del espacio público Plaza de Bibataubín de Granada

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, del que, tras ser admitido en ambos efectos por el Juzgado, se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de 15 días formularan su oposición, presentándose por la partes apeladas escrito de impugnación de dicho recurso.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Sala se formó el oportuno rollo, se registró, se declaró desierto el recurso respecto de la Asociación Granadina para la Recuperación de la Memoria Histórica, continuando respecto de la Administración Estatal, se designó Ponente para la tramitación y al no haberse solicitado prueba, ni vista o conclusiones, se declararon concluidas las actuaciones para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Asignado el recurso de apelación a la Sección Primera de la Sala, se designó como nuevo ponente al Ilmo. Sr. Magistrado don Antonio de la Oliva Vázquez, señalándose para la deliberación, votación y fallo el día y hora que consta en autos, en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso de apelación frente la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2010 en la que se acordaba declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo formulado por la Asociación Granadina para la Recuperación de la Memoria Histórica frente al Acuerdo del Pleno adoptado en sesión ordinaria de fecha 27 de febrero de 2009, número 166 por el que se acuerda no retirar el monolito dedicado a José Antonio



Primo de Rivera del espacio público Plaza de Bibataubín de Granada. Y declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo formulado por el Abogado del Estado frente al Acuerdo del Pleno adoptado en sesión ordinaria, de fecha 27 de febrero de 2009, número 166 por el que se acuerda no retirar el monolito dedicado a José Antonio Primo de Rivera del espacio público Plaza de Bibataubín de Granada

SEGUNDO.- Abogado del Estado se alza frente a la sentencia antedicha alegando, en síntesis, lo siguiente:

- La sentencia aplica la causa de inadmisibilidad pese a que el Pleno del Ayuntamiento en el Acuerdo impugnado de 2009 resolvió en cuanto al fondo del asunto no obstante la preexistencia del Acuerdo firme de 2008, declarándose por el representante del Grupo de Gobierno Municipal que rechazó la moción que *“Que esta moción (...) que izquierda unida, hace un año y con otros argumentos, la presentó en el Pleno igualmente”*. El Pleno del Ayuntamiento, al decidir que la moción de 2009 no debía ser inadmitida con base en la firmeza de la primera resolución, sino que exigía una nueva resolución sobre el fondo, estimó conscientemente que su acuerdo de 2009 gozaba de autonomía y de independencia respecto de la anterior de 2008. Por ello no existe causa de inadmisibilidad, que tiene sentido para evitar que se puedan impugnar actos firmes a través de la impugnación de otros que no son independientes respecto de los primeros, lo que no es el caso.

- No existe identidad absoluta entre la resolución del Pleno del Ayuntamiento de Granada de 2009, aquí impugnada, y la de 2008. Las sentencias del TS en que se basa la sentencia impugnada, no analizan los requisitos exigibles para la aplicación de la causa de inadmisibilidad, al referirse a supuestos de hecho distintos. La jurisprudencia consolidada, más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva interpreta esta cuestión de manera más restrictiva, al exigir que entre el acto confirmatorio y el anterior consentido, exista la más completa identidad de los sujetos, de pretensiones y de fundamentos.

- En el Pleno de 2008 lo sometido a debate era si debía iniciarse el expediente de símbolos de la Dictadura, elaborándose el catálogo del art. 15.3 de la Ley de Memoria Histórica. No, si este monumento debía ser retirado inmediatamente en

aplicación del art. 15.1 y 2, sin el expediente o catálogo alguno. En esos términos se centró la moción, que fue rechazada, moción que aludía al *cumplimiento de la Ley de Memoria Histórica en relación a símbolos conmemorativos de la Dictadura*". El Acuerdo de 2008 rechaza la moción relativa al monumento en Plaza Bibataubín. Los ámbitos objetivos de uno y otro son distintos, siendo el primero genérico y el segundo tiene un ámbito específico. Tampoco existe identidad absoluta en cuanto a sus respectivos fundamentos.

- La causa de inadmisibilidad consolida situaciones de ilegalidad permanente, y siendo cierto que el Estado pudo recurrir el Acuerdo de 2008, el no hacerlo no excluye la posibilidad de hacerlo conforme el principio de tutela judicial efectiva, ni priva al Estado de impetrar de los Tribunales de Justicia el cumplimiento de la Ley de Memoria Histórica, sin que concurra la causa de inadmisibilidad estimada en la sentencia basada en la firmeza del Acuerdo de 2008 que rechazó la moción presentada relativa al cumplimiento de dicha Ley en relación a símbolos conmemorativos de la Dictadura. Con más razón ostentando legitimación específica para corregir las infracciones en que puedan incurrir los Entes Locales, conforme al art. 19.1 LJCA en su relación con el art. 63.1 y 65 de la LBRL, en este caso de la Ley 52/2007 que afectan a una pluralidad de derechos y obligaciones con vocación de permanencia en el tiempo y que sobrepasan el limitado ámbito temporal de actos administrativos desestimatorios de pretensiones concretas.

La Asociación Granadina para la Recuperación de la Memoria Histórica presentó recurso de apelación que fue declarado desierto por Decreto de 3 de julio de 2012 al no comparecer en la Apelación.

El Ayuntamiento de Granada se opone al recurso con base a las siguientes alegaciones:

- Los argumentos vertidos en el recurso no argumentan error en la sentencia y son reproducción de los vertidos en trámite de conclusiones. El acto impugnado es reproducción de otro anterior en cuanto se produce sin modificación o ampliación respecto al primero.

- No obsta a la existencia de la causa de inadmisibilidad que el Ayuntamiento no inadmitiera la segunda moción, pues ninguna norma lo impone. La inadmisión del



recurso no determina que quede a perpetuidad consolidada una situación de ilegalidad, porque el acto no es ilegal, favorecido por la presunción de legalidad, porque es consustancial a nuestro sistema administrativo la firmeza de los actos como exigencia de seguridad.

TERCERO.- la **sentencia apelada** declara inadmisibilidad del recurso formulado por el Abogado del Estado, en base al art. 69 c) de la LJCA, que dispone que *la sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso que tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación*, en relación con el art. 46 del mismo texto legal que establece que *no es admisible el recurso contencioso administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.*

Fundamenta la sentencia dicho pronunciamiento, en síntesis, en los siguientes **razonamientos**:

- En la Moción presentada en 2008 se pretende que se lleve a cabo un proyecto sobre objetos conmemorativos de la Guerra Civil y de la Dictadura y proceder a su retirada, comenzando por el monumento existente en Plaza de Bibataubín, consta en el Acta que se alude directamente desde un primer momento al monumento sito en Plaza Bibataubín.

- Después de analizar la jurisprudencia al respecto y señalar la triple identidad de sujetos, pretensiones y fundamento que se exige para que prospere esta causa de inadmisibilidad, llega a la conclusión de que concurre la misma.

- Así, el órgano autor del acto administrativo es el mismo y también el acuerdo denegatorio de la moción presentada también, aún cuando el primero tiene un ámbito más amplio que el segundo, pero en ambos se solicita la retirada del monumento, y los argumentos esgrimidos por el Ayuntamiento son la consideración de que el monumento tiene valor artístico, sin perjuicio, obviamente de que en el debate político se introduzcan manifestaciones en una y otra acta que no sean absolutamente idénticas.

- La alegación del Abogado del Estado de que la estimación de esta causa de inadmisibilidad consolidaría situaciones de ilegalidad permanentes, expone que esta causa de inadmisibilidad no supone una vulneración del derecho a obtener una resolución sobre el fondo al poderse haber recurrido el primer acuerdo, o haber hecho uso de las potestades de control extraordinario que le permiten los artículos

215 y siguientes del ROF.

- Tampoco es inconveniente a la estimación de dicha causa que el Ayuntamiento se pronunciara nuevamente sobre el asunto en lugar de inadmitirlo.

- En definitiva el derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto no puede pasar por encima del derecho a la seguridad jurídica.

La Moción presentada al Pleno del Ayuntamiento de Granada de fecha 27-02-2009 por los Grupos Socialista y IULV-CA proponía retirar el monumento a José Antonio Primo de Rivera existente en la Plaza de Bibaubín.

La Moción presentada al Pleno del Ayuntamiento de Granada de fecha 27-02-2008 por el Grupo Municipal de IULV-CA relativa a cumplimiento de la Ley de Memoria Histórica en relación a símbolos conmemorativos de la Dictadura, proponía el siguiente Acuerdo: *El Ayuntamiento pleno acuerda llevar a cabo un proyecto para conocer todos los escudos, insignias, placas y otros objetos y menciones conmemorativas de exaltación personal o colectiva del levantamiento militar, de la Guerra Civil y de la represión de la dictadura existentes en Granada y proceder a su retirada, en el menor plazo de tiempo posible, tal y como establece la Ley de Memoria Histórica. El Ayuntamiento pleno acuerda iniciarlo con la retirada del monumento existente en la plaza de Bibataubín.*

CUARTO.- Como indica la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sección 4ª, de 21 de junio de 2004, recurso 2567/2002, "... de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, para que pueda apreciarse la inadmisión por "acto consentido" es necesario que entre el anterior, que se dejó que adquiriera firmeza por falta de recurso, y el ulterior objeto de impugnación haya la plena identidad, sin que éste segundo adicione elemento alguno que no esté ya en el primero. O, dicho en otros términos, la inadmisibilidad con base en el consentimiento de un acto previo que tiene como fundamento la propia seguridad jurídica sólo puede apreciarse cuando entre los actos considerados exista una cabal identidad de contenido y de los elementos objetivos y subjetivos. En definitiva: que el contexto de ambas decisiones sea idéntico, de manera que el de la segunda reproduzca el de la primera; que ambas se hayan dictado en presencia de los mismos hechos y con base en los mismos argumentos; que la segunda decisión recaiga sobre pretensiones resueltas de un modo ejecutivo por la resolución anterior y con relación a idénticos interesados; y, por último, que en la segunda no se amplíe la primera con



declaraciones esenciales ni se dicte por distintos fundamentos (Cfr. STS 3 de junio de 2002).

La STC de 23-5-2005 (EDJ 2005/1072) se dice que la constitucionalidad de esta causa de inadmisión de los recursos contencioso-administrativos que, prevista en la actualidad en el art. 28 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LJCA) de 1998 EDL1998/44323, es expresión del principio de seguridad jurídica (punto V de la exposición de motivos de la LJCA de 1998 EDL1998/44323), ha sido expresamente admitida por este Tribunal. Ahora bien, en nuestra jurisprudencia se ha exigido una interpretación restrictiva de la misma por parte de los órganos judiciales al objeto de hacerla compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva. Hemos afirmado, en concreto, que:"el art. 24.1 de la Constitución EDL1978/3879 garantiza el acceso a la justicia en la defensa de los derechos e intereses legítimos, y garantiza como contenido normal el que se obtendrá una resolución de fondo. De aquí que las causas de inadmisión, en cuanto vienen a excluir el contenido normal del derecho, han de interpretarse en sentido restrictivo después de la Constitución. Desde esta perspectiva, el art. 40 a) LJCA (de 1956) EDL1956/42 tiene el sentido, con carácter general, de evitar que el administrado pueda impugnar actos a los que ha dejado ganar firmeza por no haber interpuesto los correspondientes recursos, a través de la impugnación de otros que no gozan de autonomía, o que no son independientes, respecto de los primeros" (SSTC 126/1984, de 26 de diciembre, FJ 3 c) EDJ1984/126 , y 48/1998, de 2 de marzo, FJ 4 EDJ1998/2927 ; y en similar sentido SSTC 143/2002, de 17 de junio, FFJJ 2 y 3 EDJ2002/29188 , y 24/2003, de 10 de febrero, FJ 4 EDJ2003/2744).

En el presente supuesto concurren las siguientes circunstancias: La moción presentada en 2008 se centra en la necesidad de la creación de un catálogo, aunque también de que se proceda a su retirada, comenzando precisamente por el monumento sito en Plaza Babataubín. La Moción de 2009 se limita a la retirada de dicho monumento; aquél tiene un carácter genérico y ésta más específico. Aquella fue propuesta por un Grupo Municipal, y ésta por dos Grupos. Como se pone de manifiesto por el Abogado del Estado en el recurso de apelación, no existe la más perfecta identidad en cuanto a los fundamentos y contexto de ambas mociones. Los de la de 2008 consisten en la inoportunidad de elaborar el catálogo del art. 15.3 de la Ley 52/07 y en la inoportunidad de presentar la moción en período electoral, lo que está ausente en la moción de 2009, cuyos únicos fundamentos están en que el

bien de la plaza de Bibataubín no se encuentra en el caso del art. 15.1 de la Ley 52/07 y además tiene un valor artístico a efectos de su art. 15.2, sin que la catalogación del bien y su condición de BIC presente en la primera moción, esté en la de 2009.

Si se tiene en cuenta la expuesta doctrina constitucional y jurisprudencial, puede afirmarse que la sentencia impugnada no ha procedido a una interpretación y a una aplicación restrictivas de la referida causa de inadmisión del recurso contencioso administrativo, sino que ha hecho un uso excesivamente rigorista del art. 28 LJCA, incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, pudiéndose resaltar los distintos fundamentos de ambos Acuerdos.

QUINTO.- Declarada la admisibilidad del recurso, procede conocer sobre el fondo de la cuestión, esto es, la anulación del acto impugnado por no ser conforme a derecho y que se proceda a la retirada de la escultura a José Antonio Primo de Rivera que se encuentra en la Plaza de Bibataubín de Granada.

Basaba el Abogado del Estado su pretensión en que la referida escultura se encuentra en el supuesto de hecho del artículo 15.1 de la Ley 52/2007 (ser conmemorativa y de exaltación de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura) y en ella no concurren razones artística protegidas en la ley que impidan su retirada.

El referido artículo 15.1 establece que *Las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus competencias, tomarán las medidas oportunas para la retirada de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura. En el artículo 15.2 se dispone que Lo previsto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando las menciones sean de estricto recuerdo privado, sin exaltación de los enfrentados, o cuando concurren razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas protegidas por la ley”.*

El Ayuntamiento de Granada se opuso a la anulación del referido acuerdo, alegando, en síntesis, que el monumento en cuestión no está en ninguno de los supuestos de la Ley: No hace exaltación de la guerra, el levantamiento militar y la



posterior dictadura, careciendo de alusión a dichos hechos. El monumento, además, tiene una protección administrativa por su valor artístico, y tal monumento, como su entorno está catalogado por el Plan Especial del Área Centro de Granada (ficha 07.02 de dicho Catálogo), y debe por ello conservarse y restaurarse conforme a dicho Plan, sin que pueda retirarse sin la previa modificación del Catálogo del Plan Especial del Área Centro. Además, el entorno donde se ubica el monumento está declarado BIC por la Junta de Andalucía, conforme al Decreto 244/2007.

Con base a lo antes expuesto, queda concretado el objeto del presente recurso: Si el Acuerdo impugnado es conforme a la Ley 52/2007 o si, por contravenir dicha Ley, procede la retirada del monumento.

Previamente deben rechazarse, como se dice con precisión en el escrito de conclusiones por el Abogado del Estado, los argumentos relativos al valor artístico del monumento y al hecho de estar catalogado en el Plan Especial del Área Centro, y ello porque tales argumentos no aparecen mencionados por el Acuerdo impugnado. Dicho Acuerdo que rechaza la moción presentada se sustenta en la intervención del Grupo Municipal que rechazó dicha moción, y los argumentos que figuran en el mismo aluden básicamente a que la Ley permite respetar los símbolos cuando en ellos concurra un interés artístico y que el monumento en cuestión no exalta la ideología fascista, cuando la realidad es que la figura consiste en cinco brazos extendidos que sujetan las alas de águila. No hay referencias al Plan Especial del Área Centro como impedimento a la retirada del monumento de la necesidad de conservarlo, salvo previa modificación del catálogo de dicho Plan.

Para acreditar que la escultura cuya retirada se pretende está en el supuesto de hecho de la Ley 52/2007, y que no concurren razones artísticas que justifiquen su mantenimiento, el Abogado del estado propuso prueba documental y periciales, que han sido practicadas y que conducen a la estimación de la demanda del Abogado del Estado y a la confirmación de los argumentos contenidos en la misma. La Jefa del Departamento de Protección de Patrimonio Histórico certifica que el monumento a José Antonio Primo de Rivera localizado en la Plaza de Bibataubín no se encuentra dentro del listado de los Bienes inventariados ni catalogados como Bien de Interés Cultural. Don Antonio García Gascón del Cuerpo Superior Facultativo de Conservadores del Patrimonio Histórico y de Museos y Jefe del Servicio de Bienes Culturales de la Delegación Provincial de Cultura de Granada,

en Informe emitido considera que no existen razones artísticas para su mantenimiento. El Catedrático de Escultura de la Universidad de Granada, D. Alfonso Maso Guerri emite un Dictamen en el que concluye que el monumento referido carece de valor artístico digno de cualquier protección y que representa una apología de la violencia fascista. Por su parte, el Profesor de Historia del Arte de la Universidad de Granada, D. José Castillo Ruiz emite un Dictamen concluyendo que el monumento carece de relevancia patrimonial suficiente para proceder a su protección según los parámetros científico-jurídicos establecidos para el valor artístico por la legislación de patrimonio histórico vigente.

En definitiva, el acto impugnado no es conforme a derecho pues resulta de aplicación el art. 15.1 de la Ley 52/2007 a la escultura a José Antonio Primo de Rivera que se encuentra en la Plaza de Bibataubín, sin que concurren razones artísticas que impidan su retirada por lo que procede dicha retirada del monumento, estimándose recurso interpuesto y revocando la sentencia dictada en primera instancia en el sentido indicado.

SEXTO.- A tenor del art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, no procede la condena en costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Estimar el recurso de apelación formulado por EL ABOGADO DEL ESTADO, contra la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2010 en la que se acordaba declarar la inadmisibilidad del recurso interpuesto en el procedimiento ordinario nº 258/09, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de los de GRANADA, que se revoca, estimando el recurso interpuesto por el Abogado del Estado, anulando el acto impugnado y procediendo la retirada de la escultura a José Antonio Primo de Rivera que se encuentra en la plaza de Bibataubín. Sin costas.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y devuélvanse las actuaciones, con certificación de la misma, al Juzgado de procedencia,



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

11

interesándole acuse recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber, que contra ella no cabe recurso alguno, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.