



Roj: **STSJ CV 1/2018 - ECLI: ES:TSJCV:2018:1**

Id Cendoj: **46250330012018100001**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Valencia**

Sección: **1**

Fecha: **02/02/2018**

Nº de Recurso: **201/2017**

Nº de Resolución: **56/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **CARLOS ALTARRIBA CANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

APELACIÓN 201/2017

SENTENCIA N.º 56

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA

COMUNIDAD VALENCIANA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Ilmo. Sres.:

D. Mariano Ferrando Marzal

D. Carlos Altarriba Cano

Dª Desamparados Iruela Jiménez

Dª Estrella Blanes Rodríguez

Dª Laura Alabau Martí

En Valencia, a 2 de febrero del año 2018.

Visto el recurso de apelación nº 201/2017 interpuesto por el procurador de los tribunales Dº Rosa Brufal Escobar, en nombre y representación de la Asociación "Plataforma Ciudadana en Defensa de la Cruz", asistido por el letrado D Juan Luis Liarte Pedreño; contra el Auto nº 90/17, de 9 de marzo, dictado en el Recurso Contencioso-Administrativo nº 140/2017, tramitado por el juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Elche, sobre medidas cautelares. Ha comparecido como apelado el Excmo. Ayuntamiento de Callosa del Segura, representado por la procuradora Dª Elena Gil y Bayo y defendido por el letrado D. Jorge Martínez Campillo Andreu. Ha comparecido el Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo contencioso citado se remitió a esta Sala el Recurso contencioso-administrativo arriba citado seguido a instancia de la actora, procedimiento que concluyó por Sentencia del Juzgado de fecha, cuyo fallo desestimaba la pretensión del actor.

SEGUNDO.- Notificada la anterior resolución a las partes intervinientes, se interpuso recurso de apelación por las representaciones mencionadas, alegando substancialmente que procedía la revocación de la sentencia dictada.

TERCERO.- La apelada, por su parte, formalizó escrito de oposición el Recurso de Apelación en el que substancialmente se hacía constar que, procedía la confirmación de la sentencia.



CUARTO.- Elevadas las actuaciones a la Sala se formó el presente Rollo de Apelación por Diligencia de Ordenación, en la que se acordó admitir a trámite el recurso, quedando señalado para su votación y fallo el día 31, teniendo así lugar. En la deliberación la D^a Laura Alabau Martí, anunció voto particular.

En la tramitación del presente Rollo se han observado todas las formalidades referentes al procedimiento.

Ha sido el ponente para este trámite el Ilmo. Magistrado D^o **Carlos Altarriba Cano**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El **Auto** en cuestión, desestima la suspensión del Acuerdo del Pleno municipalde 25 de enero de 2017, por el que acordó *por mayoría de los asistentes a la sesión, con ocho votos en contra de la propuesta presentada (cuatro del grupo del Partido Socialista; tres de Izquierda Unida; uno de Somos Callosa); y seis votos a favor (grupo del Partido Popular); desestimar la propuesta presentada por el portavoz municipal popular del ayuntamiento en fecha 13/01/2017.*

Dicha propuesta tenía por objeto:

"Conservar junto a la puerta de la iglesia arciprestal de San Martín el monumento de la cruz, debido a que se han realizado obras de remodelación en la misma, y los elementos que la componen en la actualidad no incumplen ningún precepto de la ley de memoria histórica "

SEGUNDO.- Para una mejor determinación de los diversos temas, procede hacer las siguientes **precisiones fácticas** :

1º.- El **3 de marzo de 2016**, el pleno del ayuntamiento de Callosa de Segura aprobó la moción presentada por la concejal delegada de servicios sociales, juventud e igualdad y consiguientemente, adoptó el acuerdo de:

" eliminar/trasladar el monumento a los caídos y suprimir las placas conmemorativas presentes en el mismo, al tratarse de un objeto de exaltación colectiva de la guerra civil prohibido por la legislación vigente "

2º.- Contra dicho acuerdo, se interpuso recurso contencioso-administrativo del que conoció el juzgado de lo contencioso número uno de Elche, bajo el número **130/16** .

En dichos autos, se solicitó como medida cautelar la suspensión de la resolución recurrida, que fue desestimada.

3º.- Contra la desestimación de la pretensión cautelar, se interpuso recurso de **apelación del que conoció esta sala bajo el número 513/16, que terminó mediante sentencia firme desestimatoria** , en la que se ratificaba la plena ejecutividad del acuerdo adoptado, fundamentalmente por la siguientes razones:

CUARTO.- Vamos a desestimar el recurso por la falta de consistencia de los argumentos de la actora y fundamentalmente porque: a).- Por una parte, por el limitado conocimiento que tenemos en esta pieza de medidas, no podemos hacer ningún pronunciamiento relacionado con el fondo, ni podemos manifestarnos ahora, sobre la aplicación de la Ley sobre Memoria Histórica. Tampoco podemos hacer ningún pronunciamiento sobre el emplazamiento y su titularidad, lo que no solo sería adelantar el fondo, sino además pronunciamos sobre materia en las que no tenemos competencia. 2º.- No existe el menor riesgo que pueda implicar la pérdida de eficacia de la estimación del recurso, (periculum in mora), pues no se trata de una demolición o destrucción, sino de desmontar el monumento y trasladarlo bien a los espacios museísticos de la ciudad, bien al cementerio parroquial, previo acuerdo con la diócesis de Orihuela-Alicante. 3º.- Por otra parte, en el supuesto de estimarse el recurso, podría sin ninguna dificultad ser repuesto en su lugar original. Todo ello determina que no aparecen, ni se han acreditado motivos suficientemente significativos, que aconsejen, la suspensión de la eficacia del acto administrativo recurrido, consistente en el acuerdo del pleno que se ha dicho, adoptado con las mayorías necesarias.

Ya veremos después, que trascendencia tiene esta sentencia en la materia objeto de estos autos.

4º.- El grupo popular en fecha de **13 de enero de 2017 presenta una moción** para su debate y de liberación por el pleno consistente en que se acuerde:

"Conservar junto a la puerta de la iglesia arciprestal de San Martín el monumento de la cruz, debido a que se han realizado obras de remodelación en la misma, y los elementos que la componen en la actualidad no incumplen ningún precepto de la ley de memoria histórica" todo ello según expresaban en dicha moción porque "a principios de septiembre 2016, (después del acuerdo del ayuntamiento referido al desplazamiento de la cruz), se ha llevado a cabo modificaciones en el monumento, "eliminando las placas y las menciones conmemorativas";



de manera que "las únicas menciones que permanecen en el documento son de estricto recuerdo privado sin exaltación de los enfrentados"

5º.- El pleno de la corporación, en su sesión celebrada con carácter ordinario el día 25 de enero de 2017 , acordó:

Por mayoría de los asistentes a la sesión, con ocho votos en contra de la propuesta presentada (cuatro del grupo del Partido Socialista; tres de Izquierda Unida; uno de Somos Callosa); y seis votos a favor (grupo del Partido Popular); **desestimar** la propuesta presentada por el portavoz municipal popular del ayuntamiento en fecha 13/01/2017.

6º.- Contra dicho acto, los actores, interpusieron demanda **de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, señalándose expresamente, como derecho fundamental vulnerado, el de la libertad religiosa .**

Dicho recurso se tramitó bajo el número 140/17 del juzgado de lo contencioso-administrativo número uno de Elche.

En la demanda, articulaban además de una solicitud de medida cautelar, que consistía en la suspensión del acuerdo adoptado por la corporación el día 25 de enero de 2017, la pretensión de que:

"S e prohibiera a la administración demandada la destrucción, eliminación por otros medios o traslado a otro lugar, de la cruz de la plaza de la iglesia de callosa; sin necesidad de fianza ".

7º.-La medida cautelar fue desestimada en virtud de auto del juzgado de fecha 9 de marzo de 2017 .

El auto recurrido pone de manifiesto en su fundamento de derecho segundo que:

"en atención a los expuesto anteriormente, así como las alegaciones vertidas por las partes, sin prejuzgar el fondo del asunto, se toma en consideración que la parte demandante intenta mediante la medida solicitada que se impida la discusión de uno los puntos del orden del día señalados en la convocatoria a la que se refiere la resolución que se recurre.

En el presente caso el recurrente no impugna el acto administrativo recurrido, pues éste se limita a señalar una convocatoria de sesión ordinaria del pleno de la corporación municipal, sino el hecho de incluir en el orden del día previsto en esa sesión ordinaria, una cuestión que habría de ser discutida en la reunión convocada en su caso, aprobada o rechaza democráticamente, según el equilibrio de fuerzas y dentro de presupone ejercicio democrático en cuanto lesiones adoptar por parte de la corporación.

En razón de lo que antecede procede desestimar la medida cautelar solicitada.

8º.- **Contra dicho auto se interpuso recurso de apelación bajo el número 201/2017 ,** cuya deliberación estaba prevista y se celebró el día 31 de enero.

9º.- En fecha 27 de marzo de 2017 el juzgado de lo contencioso-administrativo número uno de Elche, en el recurso contencioso-administrativo 140/2017, (del que dimana la pieza objeto de esta apelación), dictó auto de inadmisión, por entender que el mantenimiento o la supresión de la Cruz de los caídos, no afectaba al derecho fundamental reconocido en el artículo 16 de la constitución española .

10º.- Este auto fue recurrido en apelación y revocado por la sala, en virtud de sentencia de 10 de enero de 2018 , en la que se acordaba la continuación del recurso por los trámites previstos en los artículos 114 y siguientes de la ley 29/1998 , en la que hicimos constar que

La Juzgadora a quo, al afirmar de plano en el auto apelado que la cruz objeto de controversia trasciende la simbología religiosa y que por ello su retirada de la plaza no afecta al derecho fundamental recogido en el art. 16 de la CE , ha anticipado un pronunciamiento de fondo con ocasión de la resolución de inadmisión del recurso, llevando cabo un juicio preliminar sobre la viabilidad de las pretensiones de la actora, proceder que no se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo transcrita, que lo considera contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto el T.S. interpreta en un sentido amplio y "pro actione" la admisión del recurso por el cauce procedimental contemplado en el capítulo primero del título V de la Ley 29/1998.

Será, por tanto, una vez tramitado el recurso, y tras la valoración del resultado de las pruebas practicadas, cuando la Juzgadora de instancia disponga de elementos de juicio suficientes para determinar si la resolución municipal impugnada tiene o no virtualidad para lesionar el derecho fundamental invocado por la asociación recurrente.

A resultados de esta sentencia, quedaba vivo el problema de la suspensión del acto que aquí se recurre y pendiente, la apelación sobre las medidas cautelares, objeto de estos autos.

11.- Ciertos acontecimientos, que han ocurrido después, los ponemos de manifiesto en los antecedentes del auto, también de hoy, que resuélvela pieza de medidas cautelarísimas 446/17, al que nos remitimos.



TERCERO. - En su recurso de apelación la actora " **plataforma ciudadana en defensa de la cruz** " articula los siguientes motivos:

1º.- El auto es incongruente y erróneo, pues no identifica adecuadamente la resolución recurrida, ya que afirma que el objeto del recurso es la resolución de 17 de febrero de 2016, cuando lo que se recurre, por derechos fundamentales, es el acuerdo del pleno de 25 de enero de 2017.

2º.- El auto es incongruente en cuanto que comete un error manifiesto en relación con la medida cautelar interesada.

Dice la actora que el juzgador, en el texto de su resolución, *considera que lo único que se había recurrido era la decisión del pleno de no tratar la moción presentada por no tener carácter de urgente.*

3º.- El juzgado ha adoptado ahora en el procedimiento objeto de estos autos 140/17, la misma medida cautelar que adoptó en el procedimiento 130/16, copiando y pegando, estrictamente, los mismos términos sin argumentar lo suficiente.

4º.- Ya en cuanto a los aspectos sustantivos, nos dice que, existe una clara apariencia de buen derecho y en este sentido pone de manifiesto que:

"tal como se describe en el escrito de solicitud de cautelares, el ayuntamiento pretende eliminar un monumento (la cruz de Callosa) por entender que a ello lo obligaba a la ley de memoria histórica, en su artículo quince.

En la moción que concluye con la resolución municipal recurrida consta (la interposición y la demanda también se acompañan de acta notarial de presencia en el mismo sentido) que los elementos que pudieran en el pasado haber sido tenidos por exaltadores de la dictadura o de la guerra ya no existen en dicho monumento. Por tanto, no es aplicable la ley de memoria histórica a dicho monumento.

Aunque es evidente que, esto se resolverá sentencia , lo que importa en este momento es destacar que, al menos, la presencia de apariencia de buen derecho es innegable: constan documento público, acta notarial, que ya se han eliminado todos elementos de contenido político que en el pasado pudo haber en la cruz"

5º. - Nos habla, como motivo de la apelación, de la razonabilidad y pertinencia de la petición. En este sentido pone de manifiesto que:

" El ayuntamiento ha licitado y adjudicado no el traslado de la cruz, sino su demolición y traslado de los escombros a una escombrera; si no se decreta medida cautelar, el ayuntamiento va a destruirla, causando daños irreparables a un entorno en el que ya consta trámite para declararlo Bien de Interés Cultural y dejando el procedimiento judicial sin objeto"

6º.- No existe, dice la actora finalmente, riesgo alguno en la adopción de la medida cautelar; sólo existe riesgo en la no adopción, por la pretendida destrucción de la cruz; de manera que quedaría sin objeto el recurso contencioso-administrativo planteado.

CUARTO.- La corporación municipal, en su escrito de oposición, pone de manifiesto los siguientes motivos:

1º.- Desviación procesal; pues la actora a través de su recurso está intentando impugnar indirectamente el acuerdo del plenario del 3 de marzo de 2016, sirviéndose para ello de la desestimación de la moción, que es contraria al contenido de aquel acuerdo, por lo que procede, ya sin más, desestimar la pretensión cautelar solicitada por la actora.

2º.- La medida cautelar solicitada es contraria a la resolución judicial adoptada por el juzgado en los procedimientos 130/2016 y 141/2016.

3º.- No ha acreditado la actora, que la medida cautelar sea necesaria, para que no pierda finalidad el presente recurso, en el caso de que la que resolución, que pusiera fin al mismo, le fuera favorable. Así nos dice:

Consta acreditado en las actuaciones, mediante informe emitido por la concejalía de cultura, que el traslado del bien se realizará con las debidas garantías de integridad y conservación, hasta tanto se decida su destino o se resuelvan definitivamente los recursos entablados, por lo que, en ningún caso haría perder su finalidad legítima al recurso, de no adoptarse la medida cautelar solicitada de contrario, pues de estimarse las pretensiones del actor, el traslado del monumento a su lugar original sería técnicamente posible .

4º.- Aporta algunas observaciones sobre la naturaleza pública de la plaza, y afirma:

Nos encontramos ante un bien de titularidad municipal, en el que la decisión de traslado y elección de una ubicación corresponde a la esfera competencial y decisoria del ayuntamiento, y siendo el pleno del ayuntamiento, como órgano superior de la entidad, quien ostenta las mayores prerrogativas en cuanto al destino del referido bien, a su uso y disfrute, siempre y cuando se garantice para todos los ciudadanos indistintamente,



de modo que el uso de unos no impida el de los demás interesados, pues el uso común y general de los bienes de dominio público se ejerce libremente, con arreglo a la naturaleza de los mismos.

Añade seguidamente, que

La recurrente pretende ahora instrumentalizar a una institución honorable y respetada como es la iglesia católica y utilizarla para fines estrictamente políticos, pretendiendo introducir forzosamente un (simbolismo religioso) en el bien que no lo es tal, pretendiendo "defender el mantenimiento de un símbolo fascista, contrario a todas luces a la ley 52/2007"

QUINTO.- En relación con esta pieza de suspensión, debemos hacer las siguientes precisiones previas:

1º).- Ciertamente, lo primero que debemos observar es que se ha producido, en el auto que se recurre, un error en la designación del acto recurrido, que entendemos resulta ser simplemente numérico, por lo que después se dirá, ya que efectivamente, el objeto del recurso no es el acuerdo del pleno del ayuntamiento de Callosa de 3 de marzo de 2016; sino el acuerdo de 25 de enero de 2017, por el que se desestima una moción presentada por el grupo popular el 13 de enero de ese mismo año.

2º).- Por otra parte, para centrar exactamente el contenido de la pieza, deberemos acudir a lo que dispone el artículo 116 de la ley 8/2010, de Régimen Local de la Comunidad Valenciana, que expresamente, en cuanto las propuestas de resolución establece:

Los grupos municipales o una cuarta parte de los miembros de la corporación podrán presentar al Pleno propuestas para su debate y votación.

Se incluirán en el orden del día las propuestas presentadas con diez días naturales de antelación a la fecha del Pleno ordinario. Si la propuesta se presentara pasado dicho plazo sólo podrá procederse a su debate y votación plenaria mediante acuerdo previo que aprecie su urgencia adoptado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación.

En nuestro caso, no se está cuestionando una propuesta extemporánea, presentada dentro del término de los diez días que señala el precepto, sino una propuesta, que se plantea antes de los 10 días previos a un pleno, para su debate y votación, como así efectivamente ocurrió; de manera que el pleno, contrariamente a lo que apunta el auto recurrido, no se planteó la mera cuestión de si existía o no urgencia, sino que, resolviendo sobre el fondo, debatió y votó la propuesta que había presentado el Grupo Popular, **desestimándola**.

En los dos sentidos anteriores el auto dictado se confunde, por lo que lo aclaramos, precisamente, para poder resolver adecuadamente sobre la suspensión, que se solicita.

3º).- Lo tercero que queremos señalar es que, la Sala ya se ha pronunciado con relación al tema de la retirada de la cruz, en una sentencia hoy firme, a la que anteriormente hemos hecho referencia y que en sus pronunciamientos, expresamente desestimaba el recurso de apelación planteado contra el auto del juzgado, que denegaba la suspensión de la retirada de la cruz.

Decíamos entonces, en los fundamentos que han quedado firmes que:

CUARTO.- Vamos a desestimar el recurso por la falta de consistencia de los argumentos de la actora y fundamentalmente porque: a).- Por una parte, por el limitado conocimiento que tenemos en esta pieza de medidas, no podemos hacer ningún pronunciamiento relacionado con el fondo, ni podemos manifestarnos ahora, sobre la aplicación de la Ley sobre Memoria Histórica. Tampoco podemos hacer ningún pronunciamiento sobre el emplazamiento y su titularidad, lo que no solo sería adelantar el fondo, sino además pronunciamos sobre materia en las que no tenemos competencia. 2º.- No existe el menor riesgo que pueda implicar la pérdida de eficacia de la estimación del recurso, (periculum in mora), pues no se trata de una demolición o destrucción, sino de desmontar el monumento y trasladarlo bien a los espacios museísticos de la ciudad, bien al cementerio parroquial, previo acuerdo con la diócesis de Orihuela-Alicante. 3º.- Por otra parte, en el supuesto de estimarse el recurso, podría sin ninguna dificultad ser repuesto en su lugar original. Todo ello determina que no aparecen, ni se han acreditado motivos suficientemente significativos, que aconsejen, la suspensión de la eficacia del acto administrativo recurrido, consistente en el acuerdo del pleno que se ha dicho, adoptado con las mayorías necesarias

Esta sentencia, constituye un antecedente, pero no un precedente determinante, por que el objeto del proceso en el que se dictó, aunque parecido, no es idéntico al que actualmente tenemos entre manos; tampoco lo son las partes; distintas en uno y otro caso.

De manera que, entre aquel y este proceso, existe una fundamental diferencia; ya que en aquel, lo que se cuestionaba, desde la legalidad ordinaria, era la aplicación o no de la Ley de Memoria Histórica a la denominada cruz de los caídos de Callosa. Mientras que en este, lo que en principio se cuestiona, es si la suspensión de la



cruz atenta, contraría o vulnera el principio de libertad religiosa, porque se dice que, los signos que recordaban entonces al franquismo han sido actualmente eliminados.

Una visión superficial podría confundir ambos procesos; pero nosotros, respetando las posiciones subjetivas y procesales de cada una de las partes, debemos ahora distinguirlos, sin perjuicio de lo que ocurra en la sentencia que en su día se dicte, donde seguramente se hará un análisis más profundo de esas dos situaciones, (la cruz como símbolo religioso y la cruz como elemento de justificación de una dictadura) y su relevancia en cada uno de los procesos. Pero ahora, en la sumaria cognición de esta cautelaridad, no podemos trasladar sin más, las decisiones de uno a otro.

Además, las medidas pueden modificarse, (con lo que es posible siempre un nuevo juicio de cautelaridad), si se alteran las circunstancias, como determina el artículo 132 de la Ley jurisdiccional; con lo cual la sentencia formal, (los límites de la cosa juzgada no son operativos), a la que antes nos hemos referido, no nos vinculan ahora, ante una alteración circunstancial, que además provoca actos distintos y pleitos distintos.

4º.- Superada la fase de la Ley 62/1978, hoy, en el recurso por derechos fundamentales, la suspensión o no del acto recurrido queda sometida a las mismas reglas que el resto de los supuestos; de manera que los principios son idénticos en uno y otro caso. De esta forma, no es automática la suspensión, por el simple hecho de que el proceso lo sea por la alegación de haberse violado un Derecho Fundamental.

De esta forma, queda por resolver si, en este pleito por derechos fundamentales, procede o no, la suspensión del acuerdo recurrido, lo que desde luego haremos seguidamente, porque debemos pronunciarnos sobre la cautelaridad que ahora se nos demanda; independientemente de lo que antes hayamos hecho o dicho, en otras situaciones no extrapolables.

SEXTO.- Como motivos para la desestimación de la suspensión, debemos señalar:

1º).- En cuanto a la posible razón de fondo de la actora, que en todo caso y de acuerdo con el recurso que se ha articulado aquí, estará en función de si, con la retirada de la *cruz de los caídos*, se ha violado o no el derecho a su libertad religiosa; debemos poner de manifiesto que, en determinados casos, en el marco de esta provisionalidad, dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, se puede proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, (si quiera a los meros fines de la tutela cautelar), si es que pudieran concurrir causas muy explícitas, limitadas y contadas de nulidad de pleno derecho; lo que desde luego no podemos hacer ahora, porque precisamente, es esto lo constituye la materia de fondo.

Cuando, en su caso, se dicte sentencia, se tendrá que decidirse, la retirada de la cruz de los caídos, implica una violación del derecho fundamental alegado, o no.

De esta manera, todos los argumentos sobre el *fumus*, devienen inconsistentes y desde luego, no pueden servir para estimar el recurso, ni determinar la suspensión del acto del pleno de la Corporación, objeto de estas actuaciones.

2º).- Por otra parte, también es una materia referida al fondo de la cuestión, la de la relación que exista entre la declaración de monumento histórico-artístico de la Iglesia Parroquial de San Martín, (en virtud de RD 2865/1980, de 14 de noviembre) y la llamada Cruz de los Caídos.

Ello no obstante y en este sentido, conviene precisar, que la declaración de monumento, va referida estrictamente a la Iglesia, respecto de la cual el RD citado destaca:

"ser un edificio renacentista de excelente traza y diseño con decoración Rococó ... su conservación actual, la belleza de sus columnas, el ábside, y sus casetones, las diferentes capillas -entre ellas la denominada del sacramento- ...la hacen merecedora de la declaración monumental"

Existe un principio de prueba, que nos demuestra, al menos de manera indiciaria que, la cruz, no está integrada en el monumento histórico - artístico, que exclusivamente, se refiere a la Iglesia y consiguientemente, de manera aparente y meramente provisional, no ha violado la administración, norma alguna referente a la conservación y protección de este tipo de bienes.

3º).- Además, las medidas cautelares se fundamentan en un presupuesto claro: la existencia del *periculum in mora*.

El artículo 130.1, inciso segundo, señala que:

"la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso"



Pero en el supuesto de autos, no se produce la pérdida de la finalidad legítima del recurso pues, no se está produciendo, (por lo que se conoce), ni puede producirse, una destrucción del conjunto de los elementos que componen la cruz, sino **una deconstrucción, que debe hacerse con cuidado, para lo que requerimos especialmente a la administración, no solo en lo que se refiere al desmontaje, sino también su custodia; a fin de que, en el supuesto de que, definitivamente triunfara la tesis de la entidad actora, pueda, a costa de la Corporación, reconstruirse.**

Es, precisamente esta consideración, la que dota de legitimidad a la decisión de no suspensión del acuerdo recurrido.

4º.- Nos encontramos en consecuencia, ante un acto al que debemos atribuir **presunción** de legitimidad; adoptado en el seno de una corporación municipal, en función del principio de decisión democrática y por el voto de la mayoría de sus miembros; que está dictado en ejercicio de competencias propias del municipio y que hace, según se dice, (esta es precisamente la función de la presunción de legalidad), en aplicación de una norma jurídica con rango formal de ley, que es la que determina las potestades de la administración y sus titularidades, en el marco del demanio; de forma que no existe razón para suspenderlo, porque ni causa perjuicios irreparables; ni su ejecución determina o puede determinar la ineficacia del recurso, pues queda suficientemente garantizada la ejecución de la sentencia que se dicte, manteniendo las condiciones reales indispensables para llevarla a efecto, de manera que los derechos e intereses de los actores, ni se dañan, ni se perjudican irremediabilmente.

Entendemos pues que no existe, con las disposiciones adoptadas, ni razonable, ni objetivamente fundado periculum in mora, pues la situación jurídica sustancial, ni resulta dañada, ni perjudicada de forma irreparable durante el transcurso del tiempo necesario para dictar sentencia de fondo.

5º.- En el supuesto de autos no podemos acudir, como elemento complementario, a los principios determinantes, que la doctrina ha denominado "perjuicio bilateral alternativo"; que impone al órgano jurisdiccional aplicar el principio de proporcionalidad - razonabilidad técnica - ponderando los diversos intereses involucrados.

No podemos acudir ahora a la determinación de cual de los principios involucrados debe priorizarse porque precisamente, esto es lo que constituye el meollo de la cuestión; ya que por una parte, (según lo plantean la partes), aparece la libertad religiosa, en su aspecto objetivo de manifestación pública y por otra, el de la laicidad, independencia y aconfesionalidad del estado; lo que nos obliga a mantenernos neutrales en este juicio cautelar y quedarnos en la ponderación del aspecto relativo a la presunción de legalidad, combinándolo con la ausencia de riesgo; porque es precisamente la ponderación de aquellos dos principios, lo que constituye la materia esencial del pleito.

SÉPTIMO.- Todo ello determina la desestimación del recurso; sin hacer expresa imposición de las costas causadas, de acuerdo con lo previsto en el Artº 139 de la Ley Jurisdiccional y dado el contenido del auto recurrido y la complejidad de lo resuelto.

FALLAMOS

Que en relación con el Recurso de Apelación nº 201/2017 interpuesto por el procurador de los tribunales Dº Rosa Brufal Escobar, en nombre y representación de la Asociación "Plataforma Ciudadana en Defensa de la Cruz", asistido por el letrado D Juan Luis Liarte Pedreño; contra el Auto nº 90/17, de 9 de marzo, dictado en el Recurso Contencioso- Administrativo nº 140/20171, tramitado por el juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Elche, sobre medidas cautelares, debemos hacer los siguientes pronunciamientos:

a).- Desestimar el recurso de Apelación formulado.

b).- Confirmar el Auto dictado.

c).- Autorizar a que la Administración pueda terminar con el desmantelamiento del pedestal; lo que deberá hacerse, (custodiando adecuadamente todos los elementos -pedestal y cruz-), de forma tal que, pueda el conjunto ser reconstruido, en el supuesto de que triunfe la pretensión del actor.

d).- Todo ello, sin hacer **expresa imposición** de las costas causadas.

Esta Sentencia no es firme y contra ella cabe, conforme a lo establecido en los artículos 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo o, en su caso, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Dicho recurso deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de su notificación, debiendo tenerse en cuenta respecto del escrito de preparación de los



que se planteen ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo los criterios orientadores previstos en el Apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de 6 de julio de 2016).

Así por nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA
COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA
RAP 201/17**

En Valencia a 2 de febrero de 2018

VOTO PARTICULAR

Que formula la Ilma. Sra. D. Laura Alabau Martí al amparo del art. 260.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por disentir del criterio mayoritario sostenido por la Sala en sentencia del recurso de apelación número 201/2017, seguido a instancia de Plataforma Ciudadana en defensa de la Cruz siendo apelado Ayuntamiento de Callosa de Segura contra el auto 90/17 de 9 de marzo, recaído en pieza 140/17 del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Elche. Con el debido respeto al contenido y decisión de la sentencia dictada por la Sala, expreso mi discrepancia con su fundamentación jurídica y parte dispositiva, ello por los motivos que paso a razonar a continuación.

PRIMERO. Recordamos que el objeto de recurso era el Acuerdo Plenario de 26 de enero de 2017 en su punto segundo que desestima la moción presentada por el Grupo Popular en 13 de enero de 2017, en cuanto solicitaba " *Conservar junto a la puerta de la Iglesia Arciprestal de San Martín el monumento de la Cruz, debido a que se han realizado obras de remodelación en la misma, y los elementos que la componen en la actualidad no incumplen ningún precepto de la Ley de memoria histórica* ". Mientras que como medida cautelar por la Plataforma ciudadana recurrente se interesaba " *prohibir a la Administración demandada la destrucción, eliminación por otros medios o traslado a otro lugar, de la Cruz de la Plaza de la Iglesia de Callosa sin necesidad de fianza. Subsidiariamente...que se decrete la misma contra la prestación de una fianza de 300 €* ". El auto de instancia desestima la medida cautelar solicitada consistente en "la suspensión de efectos correspondientes a la resolución de Alcaldía del Excmo. Ayuntamiento de Callosa de Segura, de fecha 17-2-16" Sin embargo pese a considerar en esta apelación la posición mayoritaria " *Ciertamente, lo primero que debemos observar es que se ha producido en el auto que se recurre un error en la designación del acto recurrido, que entendemos resulta ser simplemente numérico, ya que efectivamente el objeto del recurso no es el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Callosa de 3 de marzo de 2016 sino el acuerdo de 25 de enero de 2017, por el que se desestima una moción presentada por el grupo popular en 13 de enero de ese mismo año...* " termina por resolver: " *Desestimar el recurso de apelación. Confirmar el auto apelado* ".

Pues bien, el error en que incurre el auto apelado, al referirse a una resolución distinta de la apelada y resolver por tanto, conforme a esta suposición, excede de la noción de error material susceptible de rectificación, incurriendo en nulidad de pleno derecho por incongruencia, invocada por la parte apelante en su escrito a que no se ha dado debida respuesta, procediendo la revocación del auto ante la absoluta falta de coincidencia no solo en la identificación de la resolución, sino en el contenido del auto con lo pedido y los términos de debate.

De modo que la sentencia mayoritaria con desestimar el recurso de apelación, paradójicamente confirma un auto nulo de pleno derecho, casi idéntico por cierto, al que termina la pieza del PO 141/17 seguida en el mismo Juzgado.

Así, el fundamento de derecho segundo del auto recurrido, afirma que " *la parte demandante intenta mediante la medida solicitada que se impida la discusión de uno de los puntos del orden del día señalados en la convocatoria a la que se refiere la resolución que se recurre* ".

En el presente caso, el recurrente no impugna el acto administrativo recurrido, pues éste se limita a señalar una convocatoria de Sesión Ordinaria del Pleno de la Corporación municipal, sino el hecho de incluir en el orden del día previsto en esas sesión ordinaria, una cuestión que habría de ser discutida en la reunión convocada y en su caso aprobada o rechazada democráticamente, según el equilibrio de fuerza y dentro de lo que se supone el ejercicio democrático en cuanto a las decisiones a adoptar por parte de la Corporación".



El fundamento ni se compadece con el acuerdo verdaderamente recurrido, de 26 de enero de 2017, ni con el acuerdo de que trae causa la moción, de 29 de octubre de 2015, ya que en ningún caso estamos ante la convocatoria de una sesión, sino ante acuerdos derivados de la celebración de sesiones plenarias.

La posición mayoritaria de la Sala yerra también, cuando afirma que se trata de un error numérico y aventura que la Juzgadora de instancia he efectuado indebidamente un juicio de admisibilidad de la moción por razón de urgencia, pues lo realmente ocurrido a decir de la parte apelante, es que ha copiado el auto empleado para otro recurso que la misma parte tiene entablado contra la convocatoria.

Por tanto, el razonamiento no guarda relación alguna con el acto impugnado ni con la medida solicitada sobre él, incurriendo en completa incongruencia por lo que es nulo de pleno derecho

Como reiteradamente ha indicado la Jurisprudencia, por todas la STS 2453 de 17 de noviembre de 2016 (RC 1382/2014): *Así el artículo 67 de la vigente LRJCA establece que la sentencia decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso; precepto que tiene un claro paralelismo con el artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*). Y, por su parte, los artículos 43.2 y 79.2 LRJCA tienden a conceder una cierta libertad al juzgador para motivar su decisión siempre que someta previamente a la consideración de las partes los nuevos motivos o cuestiones para salvaguardar los principios de contradicción y congruencia. Pues, como recuerda una sentencia de este Tribunal de fecha 27 de marzo de 1992 , para que los Tribunales de este orden jurisdiccional puedan tomar en consideración nuevos motivos, no alegados por las partes, es preciso, so pena de incurrir en incongruencia, que los introduzcan en el debate, ya en el trámite de vista o conclusiones --- art 79.1 ---, ya en el momento inmediatamente anterior a la sentencia --- artículo 43.2 de la misma Ley ---, siendo indiferente a estos efectos la naturaleza de tales motivos, de mera anulabilidad o de nulidad absoluta, pues sólo así queda debidamente garantizado el principio de contradicción".

De modo que la ponencia mayoritaria debió revocar el auto y en su caso, por aplicación del art. 85.10 LRJCA , resolver en cuanto al fondo, en ningún caso confirmar un auto nulo, completamente incongruente con lo alegado y pretendido y manifiestamente contrario a Derecho.

SEGUNDO . La tesis mayoritaria afirma que " *la Sala ya se ha pronunciado con relación al tema de la retirada de la cruz, en una sentencia hoy firme...* " si embargo ahora, frente a la tesis que equiparaba como idénticas la situación actual del monumento, con el anterior, seguido en la sentencia recaída en recurso de apelación 305/17, afirma que " *Esta sentencia - refiriéndose a la sentencia 318/17 recaída en recurso contra el auto denegatorio de suspensión cautelar del acuerdo de 3 de marzo de 2016- constituye un antecedente, pero no un precedente determinante, porque el objeto del proceso en el que se dictó aunque parecido no es idéntico al que actualmente tenemos entre manos; tampoco lo son las partes; distintas en uno y otro caso. De manera que entre este y aquel existe una fundamental diferencia; ya que en aquel lo que se cuestionaba desde la legalidad ordinaria, era la aplicación o no de la Ley de Memoria Histórica a la denominada cruz de los caídos de Callosa. Mientras que en este lo que en principio se cuestiona es si la supresión de la cruz atenta, contraría o vulnera el principio de libertad religiosa, porque se dice que los signos que recordaban entonces al franquismo han sido eliminados* ". A continuación afirma que en la sentencia en cuanto al fondo seguramente se hará un análisis más profundo de esas dos situaciones, " *la cruz como símbolo religioso y la cruz como elemento de justificación de una dictadura* "

La sentencia de este modo, anticipándose al fondo del asunto, traslada a la Cruz la condición de "elemento de justificación de la dictadura" desechando la tesis de la parte recurrente pues la moción presentada por el Grupo Popular en fecha 13 de enero de 2017 debatida en 26 de enero, tenía por objeto poner de manifiesto que conforme al informe emitido por el funcionario Sr. Domingo , en septiembre de 2016 se llevaron a cabo modificaciones del monumento eliminando las placas y menciones conmemorativas a las que hace referencia el informe ("José Antonio Primo de Rivera", "¡Presentes!" y "Las Falanges juveniles de Franco de Lugo a los Héroes Falangistas de Callosa de Segura 1936-1957"), permaneciendo grabados únicamente los nombres de los habitantes del municipio caídos en el conflicto, de forma que ahora se encontraría en el ámbito de excepcionalidad a que se refiere el art. 15.2 de la Ley: *que 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* . De modo que si la Sala equipara de hecho tales situaciones, al identificar la Cruz como símbolo de la dictadura, sin considerar relevante el cambio consistente en la eliminación de las placas que pudieran considerarse elementos de exaltación colectiva de la guerra civil, para acordar la exclusión del monumento del catálogo de vestigios, sin efectuar aquí un juicio de apariencia de buen derecho de la protección de la libertad religiosa que se le pide, el cual no se realiza, está en sede cautelar anunciando la desestimación del recurso principal, en contradicción con el propio razonamiento contenido en la sentencia, fundamento jurídico sexto, 1º y 5º donde afirmando la neutralidad, se inclina por obviar el juicio de ponderación de intereses en juego -la libertad religiosa en su vertiente pública frente a la laicidad y aconfesionalidad del estado- para afirmar que el desmantelamiento no comporta riesgo alguno, lo cual es en sí contradictorio, pues



se pronuncia a favor de uno de tales intereses, sin analizar de qué modo es quebrantado el otro. Afirma " cuando en su caso se dicte sentencia, se tendrá que decidir si la retirada de la cruz de los caídos implica una violación del derecho fundamental alegado o no " es decir, una vez violado el derecho, se pronunciará la Sala acerca de si se ha violado o no, con lo que no existe tutela cautelar posible.

TERCERO . Respecto a la garantía de ejecutividad de la sentencia y evitación de pérdida de finalidad del recurso, la posición mayoritaria se refiere de nuevo a la deconstrucción del monumento y a su custodia -parece ser que ha sido depositado no en un museo o lugar digno, sino en un matadero-, así como a la presunción de legitimidad, para desestimar la tutela cautelar.

El análisis del supuesto como si se tratara de la simple demolición o desmantelamiento de una construcción cualquiera (un trastero) se presenta en el caso que nos ocupa como simplista.

Simplista porque se está omitiendo dar respuesta a muchas de las cuestiones suscitadas, en concreto la parte apelante manifiesta que está lícita la demolición del monumento y su traslado a un vertedero, lo que comportaría un perjuicio irreparable; alegación a que no se da respuesta.

Se transcriben las presuntas afirmaciones públicas del Alcalde "la Cruz tiene los días contados", "la judicialización de la política con la Cruz no va a condicionar la acción de gobierno", donde quizá se apunta ya una posible desobediencia a este Tribunal, y a que tampoco se da respuesta.

También afirma que la Cruz de Callosa se ha convertido en emblema nacional de algunos partidos políticos en su lucha contra el catolicismo.

En definitiva, nos encontramos en el marco de un procedimiento de protección de derechos fundamentales sin que quepa resolver aquí la simple posibilidad de desmantelar y reconstruir un monumento, a la luz de un recurso presentado y su correspondiente medida cautelar, sino que procede resolver adecuadamente en relación a los intereses en conflicto.

En tal caso recordar que el originario procedimiento de protección jurisdiccional de derechos fundamentales por Ley 62/78 de 26 de diciembre, invertía los términos del juicio cautelar de ponderación de intereses, al hacer prevalecer la suspensión sobre la ejecutividad del acto, en los términos de su art. 7.4 : *la Sala acordará la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general, suspensión que podrá concederse con o sin afianzamiento de los perjuicios de cualquiera otra naturaleza que pudieran derivarse.*

Y en tal sentido, si bien en la actualidad esta regulación está derogada por la vigente LRJCA 29/98, no es menos cierto que la misma contempla aún una tutela específica del derecho de reunión y manifestación que en definitiva supone su protección cautelar, al resolverse con anterioridad a la celebración; si bien es cierto que en la actualidad la tutela cautelar de los derechos fundamentales se asimila a la general, tampoco cabe desconocer su especificidad so pena de quebrantar la tutela judicial efectiva.

Como bien decía la ponencia mayoritaria, el derecho fundamental cuya protección se invoca, libertad religiosa, tiene una vertiente privada y otra pública. El art. 16 CE garantiza su ejercicio, *sin más limitación en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley...* 3. *Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.*

La vertiente pública resulta de tales relaciones, plasmadas en los acuerdos con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, destacando el art. 1 en materia de asuntos jurídicos: 1 . *El Estado Español reconoce a la Iglesia Católica el derecho de ejercer su misión apostólica y le garantiza el libre y público ejercicio de las actividades que le son propias y en especial las de culto, jurisdicción y magisterio.*

Como también la interpretación conforme al art. 10 CE del cariz de los Derechos Fundamentales, a la luz del CEDH, cuyo art. 9 dispone: 1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.*

2. *La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.*



Desde este punto de vista, el hecho del desmantelamiento de lo que para los recurrentes es un símbolo religioso, y también de memoria a los difuntos como se verá, supone ya una lesión del derecho, no susceptible de reparación.

Recordar que mediante reciente sentencia de esta Sala de 10 de enero de 2018, recaída en los autos principales de este mismo recurso de protección de derechos fundamentales, se ha revocado el auto del Juzgado que archivaba el procedimiento con prosecución conforme al Ordinario, para ordenar su continuación por el trámite de derechos fundamentales, apreciando debida e indiciariamente justificados todos los elementos para su tramitación. Ahora se deniega la tutela cautelar de modo que, de estimarse la pretensión principal, la vertiente de manifestación pública de la libertad religiosa, y el elemento de memoria de los difuntos que la propia ley de memoria histórica ampara, habrá sido ya irreparablemente dañado. El contenido del derecho fundamental a la libertad religiosa en su vertiente de manifestación pública, y la correlativa pretensión de tutela cautelar, ha de ponerse en este caso en relación con el contenido de la moción que constituye el objeto del recurso en materia de derechos fundamentales.

La moción objeto del acuerdo afirma tratarse de un monumento religioso-funerario en memoria de difuntos, frente a la posición del acuerdo impugnado que lo considera un monumento de exaltación de la guerra civil.

Desde este punto de vista, considerando en orden a la protección de derechos fundamentales su cariz religioso y en memoria estrictamente privada de los ejecutados durante el conflicto civil, tratándose de un listado de al parecer ochenta y una personas que perdieron la vida en dicho conflicto, no es de recibo el rechazo con omisión de fundamento alguno por parte de la posición mayoritaria de la Sección Primera de esta Sala, de la defensa de la protección de las creencias religiosas, representadas por la Cruz, y de la memoria de los difuntos, representada por las inscripciones de los caídos, ambos bienes jurídicos protegidos en la Sección 2ª del Capítulo IV del Título XXI del Código Penal, "Delitos contra la Constitución".

Como se razonaba en el fundamento anterior, ante el cariz conflictivo que conllevaría la ejecución de la resolución impugnada -es decir, la desestimación de la moción de exclusión del monumento, del catálogo, con paralización por tanto de la moción anterior que la incluía- que a tenor de los recursos presentados y la notoriedad pública de la situación, parece revivir en la población el conflicto en dos bandos, resulta reductivo analizar la viabilidad del desmantelamiento y reposición del monumento, a los efectos de su análisis cautelar: el desmantelamiento puede resultar ofensivo a la memoria de los difuntos, para sus familiares, y también para quienes profesan las creencias religiosas que la Cruz representa, tratándose de ofensas morales que por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación.

De ahí que el juicio de perjuicio irreparable que formula la Sala representa muy sesgadamente los intereses en juego.

Frente a ello, la preeminencia de ejecutividad de la resolución administrativa, como representativa del interés general, se presenta en este caso más que dudosa, dada la situación de conflicto que suscita entre la población de Callosa.

En este punto debemos recordar que el art. 15 de la Ley de memoria histórica dice así: *Símbolos y monumentos públicos*

1. 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. Entre estas medidas podrá incluirse la retirada de subvenciones o ayudas públicas.

2. Lo previsto en el apartado 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 precepto ha de ponerse en relación con lo previsto en la Exposición de Motivos de la Ley, cuando afirma: *El espíritu de reconciliación y concordia, y de respeto al pluralismo y a la defensa pacífica de todas las ideas, que guió la Transición, nos permitió dotarnos de una Constitución, la de 1978, que trajo jurídicamente esa voluntad de reencuentro de los españoles, articulando un Estado social y democrático de derecho con clara vocación integradora.*

Como también el art. 2: *Reconocimiento general*

1. Como expresión del derecho de todos los ciudadanos a la reparación moral y a la recuperación de su memoria personal y familiar, se reconoce y declara el carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil, así como las sufridas por las mismas causas durante la Dictadura.



2. Las razones a que se refiere el apartado anterior incluyen la pertenencia, colaboración o relación con partidos políticos, sindicatos, organizaciones religiosas o militares, minorías étnicas, sociedades secretas, logias masónicas y grupos de resistencia, así como el ejercicio de conductas vinculadas con opciones culturales, lingüísticas o de orientación sexual.

3. Asimismo, se reconoce y declara la injusticia que supuso el exilio de muchos españoles durante la Guerra Civil y la Dictadura.

Y el artículo 3 Declaración de ilegitimidad

1. Se declara la ilegitimidad de los tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos penales o administrativos que, durante la Guerra Civil, se hubieran constituido para imponer, por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, condenas o sanciones de carácter personal, así como la de sus resoluciones.

Y es que, con independencia de cuál fuera la voluntad del legislador, que como sabemos, no vincula la interpretación de la Ley, -en los términos del art. 3 CC, la literalidad, el contexto, los antecedentes y la realidad social del tiempo de su aplicación-, desde luego el espíritu de reconciliación y el respeto al pluralismo, así como el reconocimiento a la reparación moral de todas las personas que sufrieron violencia por razones políticas, ideológicas o religiosas durante la guerra civil y durante la posterior dictadura; o que sufrieron la violencia de los tribunales o pseudoórganos penales o administrativos constituidos tanto durante la guerra, como durante la dictadura, la formación de un catálogo de vestigios que ignora las víctimas civiles producidas por violencia del bando republicano por razones ideológicas o religiosas, contemplando sólo las producidas del bando nacional, no se compadece con los términos de la Ley pues tan ilegítimos son los pseudoórganos que so capa de república ordenaron o realizaron estas ejecuciones, como los tribunales constituidos después por la dictadura, con el mismo fin de purgar ideológicamente a la población.

De ahí que sea inadmisibile, por no compadecerse con el tenor de la Ley, la formación de un catálogo que contemple vestigios ofensivos para sólo las víctimas de un bando, ignorando al otro, con quebrantamiento del espíritu de concordia que la propia Ley preconiza.

CUARTO . La ponencia mayoritaria introduce una cuestión que no fue objeto de la deliberación, la posible protección BIC del monumento, a que se refiere el recurso, y resuelve de forma errónea que "la declaración de monumento, va referida estrictamente a la Iglesia", citando el RD de su catalogación.

La parte apelante presentó en la pieza que nos ocupa un informe pericial como documento nº 8 sobre la protección del monumento, pero además aportó en el trámite de la pieza 446/17 de la medida cautelárisima recaída en estos mismos autos, informe de la Directora General de Cultura y Patrimonio de 18 de mayo de 2016 según el cual el BIC de referencia (Iglesia Arciprestal) cuenta provisionalmente con un entorno de protección definido consistente en sumar a la manzana donde se ubica el inmueble, los espacios públicos colindantes y las manzanas que entren en contacto con tales espacios públicos.

La Cruz se encuentra enclavada en la plaza que constituye espacio público inmediato a la Iglesia provisionalmente protegido, lo que pudiera incidir en la necesidad de autorización expresa de la Dirección General de Patrimonio.

Art. 19 Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español : 11. *En los Monumentos declarados Bienes de Interés Cultural no podrá realizarse obra interior o exterior que afecte directamente al inmueble o a cualquiera de sus partes integrantes o pertenencias sin autorización expresa de los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley. Será preceptiva la misma autorización para colocar en fachadas o en cubiertas cualquier clase de rótulo, señal o símbolo, así como para realizar obras en el entorno afectado por la declaración .*

Y art. 11: 1. *La incoación de expediente para la declaración de un Bien de Interés Cultural determinará, en relación al bien afectado, la aplicación provisional del mismo régimen de protección previsto para los bienes declarados de interés cultural.*

En relación con la DT 2ª 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano: *Los municipios en los que a la entrada en vigor de esta Ley hubiere algún inmueble declarado Bien de Interés Cultural deberán, en el plazo de un año, elaborar el Plan Especial de protección a que se refiere el artículo 34.2, aprobarlo provisionalmente y remitirlo al órgano competente para su aprobación definitiva. Si hubiera ya aprobado un Plan Especial, u otro instrumento de planeamiento con el mismo objeto, podrán, en el mismo plazo, someterlo a convalidación mediante el informe de la Conselleria de Cultura, Educación y Ciencia previsto en el mismo artículo o adaptarlo a las determinaciones establecidas en la presente Ley.*

Consta también informe del Director General de Reformas Democráticas de fecha 31 de julio de 2017 el que afirma " *El elemento no forma parte del BIC de la Iglesia Arciprestal de San Martín -claro, forma parte de su entorno de protección- si bien cabe remitirse en este punto a lo que dictamine la Consellería competente en*



materia de patrimonio cultural valenciano " No consta haber recabado el Ayuntamiento informe de Patrimonio, a fin de proceder al desmantelamiento del monumento sito en provisionalmente calificado entorno de protección BIC, lo que indudablemente procede analizarse a los efectos de los intereses en conflicto, pues los públicos aparecen tutelados por distintas administraciones una de las cuales al menos, no ha sido oída, a cuyo efecto nos remitimos al fundamento de derecho sexto de la STS 1891 25 de marzo de 2009 , sin que quepa por tanto considerar en este caso al Consistorio como único titular de la defensa del interés público al concurrir otras administraciones.

QUINTO. Por último, considerar que nos encontramos ante una medida cautelar positiva, la conservación del monumento en su actual estado, en realidad, en el estado que tenía antes de proceder el Ayuntamiento a desmantelar.

En este sentido como tiene establecido la Jurisprudencia, concurre un criterio general de ponderación cual es el del mantenimiento del status quo, defendido entre otras por la STS Sala 3ª, sec. 5ª, S 9-2-2012, rec. 3146/2011 : *Y en relación con la concurrencia del otro requisito legitimador para la adaptación de la medida cautelar, concretamente con la pérdida de finalidad del recurso (periculum in mora), razonamos en Sentencia 17 de enero de 2011 (recurso de casación num. 1452/2010) que "debe ante todo notarse que, como acertadamente señaló la Abogacía del Estado al formular ante la Sala de instancia su oposición a la medida cautelar, lo que se solicita no es propiamente la suspensión de la ejecutividad de un acto administrativo sino una medida cautelar positiva consistente en el otorgamiento provisional y cautelar mientras se resuelve el litigio- de una inscripción en el Catálogo de Aguas que ha sido denegada por la Administración. Dicho de otro modo, la medida cautelar que se propugna no está destinada al mantenimiento del statu quo -como sucede cuando se suspende la ejecutividad de un acto administrativo- sino que tiende precisamente a su modificación, pues el otorgamiento de la medida conllevaría el surgimiento de una situación jurídica hasta entonces inexistente. (...). La redacción dada al artículo 129.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción no excluye, desde luego, que el órgano jurisdiccional pueda acordar medidas cautelares positivas, pues el precepto utiliza una formulación amplia en cuya virtud los interesados pueden solicitar"... la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia". Ahora bien, es indudable que cuando se postula una medida cautelar positiva la valoración de las circunstancias concurrentes para determinar su procedencia reviste un perfil singular, en particular en lo que se refiere a la apreciación del periculum in mora, y ello porque la adopción de la medida no supone el mantenimiento de la situación existente sino su modificación, de manera que puede ser precisamente la adopción de la medida `y no su denegación- la que haga perder al litigio su finalidad.*

La citada doctrina en sentido contrario, conduce a considerar que la situación preexistente consiste en la presencia de un monumento en el lugar durante setenta años, y que su desmantelamiento no se presenta socialmente pacífica y consensuada, sino fuente de conflictos, por lo que la ponderación de intereses en juego habría de conducir a la estimación del recurso, con revocación del auto y adopción de la medida cautelar.

Es todo cuanto tiene que manifestar la suscribiente.

Publicación: leída y publicada ha sido la anterior sentencia y su voto particular por el Ilmo. magistrado ponente, D . **Carlos Altarriba Cano** , estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como letrada de la administración de justicia, certifico.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA
COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

SECCIÓN PRIMERA

RAP 201/17

En Valencia a 2 de febrero de 2018

VOTO PARTICULAR

Que formula la Ilma. Sra. D. Laura Alabau Martí al amparo del art. 260.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por disentir del criterio mayoritario sostenido por la Sala en auto de la pieza de medidas cautelarisimas 446/17 del recurso de apelación número 201/2017, seguido a instancia de Plataforma Ciudadana en defensa de la Cruz siendo apelado Ayuntamiento de Callosa de Segura contra el auto 90/17 de 9 de marzo , recaído en pieza 140/17 del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Elche.

Con el debido respeto al contenido y decisión de la sentencia dictada por la Sala, expreso mi discrepancia con su fundamentación jurídica y parte dispositiva, con completa remisión a los ordinales expresados en



el voto particular emitido a la sentencia 56/18 recaída en el recurso de apelación 201/17 en la pieza de medidas cautelares de este mismo procedimiento de protección de derechos fundamentales, en los siguientes términos:

PRIMERO . Recordamos que el objeto de recurso era el Acuerdo Plenario de 26 de enero de 2017 en su punto segundo que desestima la moción presentada por el Grupo Popular en 13 de enero de 2017, en cuanto solicitaba "Conservar junto a la puerta de la Iglesia Arciprestal de San Martín el monumento de la Cruz, debido a que se han realizado obras de remodelación en la misma, y los elementos que la componen en la actualidad no incumplen ningún precepto de la Ley de memoria histórica".

Mientras que como medida cautelar por la Plataforma ciudadana recurrente se interesaba "prohibir a la Administración demandada la destrucción, eliminación por otros medios o traslado a otro lugar, de la Cruz de la Plaza de la Iglesia de Callosa sin necesidad de fianza. Subsidiariamente...que se decrete la misma contra la prestación de una fianza de 300 €"

El auto de instancia desestima la medida cautelar solicitada consistente en "la suspensión de efectos correspondientes a la resolución de Alcaldía del Excmo. Ayuntamiento de Callosa de Segura, de fecha 17-2-16"

Sin embargo pese a considerar en esta apelación la posición mayoritaria "Ciertamente, lo primero que debemos observar es que se ha producido en el auto que se recurre un error en la designación del acto recurrido, que entendemos resulta ser simplemente numérico, ya que efectivamente el objeto del recurso no es el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Callosa de 3 de marzo de 2016 sino el acuerdo de 25 de enero de 2017, por el que se desestima una moción presentada por el grupo popular en 13 de enero de ese mismo año..." termina por resolver: "Desestimar el recurso de apelación. Confirmar el auto apelado". Pues bien, el error en que incurre el auto apelado, al referirse a una resolución distinta de la apelada y resolver por tanto, conforme a esta suposición, excede de la noción de error material susceptible de rectificación, incurriendo en nulidad de pleno derecho por incongruencia, invocada por la parte apelante en su escrito a que no se ha dado debida respuesta, procediendo la revocación del auto ante la absoluta falta de coincidencia no solo en la identificación de la resolución, sino en el contenido del auto con lo pedido y los términos de debate.

De modo que la sentencia mayoritaria con desestimar el recurso de apelación, paradójicamente confirma un auto nulo de pleno derecho, casi idéntico por cierto, al que termina la pieza del PO 141/17 seguida en el mismo Juzgado.

Así, el fundamento de derecho segundo del auto recurrido, afirma que "la parte demandante intenta mediante la medida solicitada que se impida la discusión de uno de los puntos del orden del día señalados en la convocatoria a la que se refiere la resolución que se recurre.

En el presente caso, el recurrente no impugna el acto administrativo recurrido, pues éste se limita a señalar una convocatoria de Sesión Ordinaria del Pleno de la Corporación municipal, sino el hecho de incluir en el orden del día previsto en esas sesión ordinaria, una cuestión que habría de ser discutida en la reunión convocada y en su caso aprobada o rechazado democráticamente, según el equilibrio de fuerza y dentro de lo que se supone el ejercicio democrático en cuanto a las decisiones a adoptar por parte de la Corporación".

El fundamento ni se compadece con el acuerdo verdaderamente recurrido, de 26 de enero de 2017, ni con el acuerdo de que trae causa la moción, de 29 de octubre de 2015, ya que en ningún caso estamos ante la convocatoria de una sesión, sino ante acuerdos derivados de la celebración de sesiones plenarias.

La posición mayoritaria de la Sala yerra también, cuando afirma que se trata de un error numérico y aventura que la Juzgadora de instancia he efectuado indebidamente un juicio de admisibilidad de la moción por razón de urgencia, pues lo realmente ocurrido a decir de la parte apelante, es que ha copiado el auto empleado para otro recurso que la misma parte tiene entablado contra la convocatoria.

Por tanto, el razonamiento no guarda relación alguna con el acto impugnado ni con la medida solicitada sobre él, incurriendo en completa incongruencia por lo que es nulo de pleno derecho

Como reiteradamente ha indicado la Jurisprudencia, por todas la STS 2453 de 17 de noviembre de 2016 (RC 1382/2014): Así el artículo 67 de la vigente LRJCA establece que la sentencia decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso; precepto que tiene un claro paralelismo con el artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). Y, por su parte, los artículos 43.2 y 79.2 LRJCA tienden a conceder una cierta libertad al juzgador para motivar su decisión siempre que someta previamente a la consideración de las partes los nuevos motivos o cuestiones para salvaguardar los principios de contradicción y congruencia. Pues, como recuerda una sentencia de este Tribunal de fecha 27 de marzo de 1992 , para que los Tribunales de este orden jurisdiccional puedan tomar en consideración nuevos motivos, no alegados por las partes, es preciso, so pena de incurrir en incongruencia, que los introduzcan en el debate, ya en el trámite de vista o conclusiones --- art 79.1 ---,



ya en el momento inmediatamente anterior a la sentencia --- artículo 43.2 de la misma Ley ---, siendo indiferente a estos efectos la naturaleza de tales motivos, de mera anulabilidad o de nulidad absoluta, pues sólo así queda debidamente garantizado el principio de contradicción".

De modo que la ponencia mayoritaria debió revocar el auto y en su caso, por aplicación del art. 85.10 LRJCA, resolver en cuanto al fondo, en ningún caso confirmar un auto nulo, completamente incongruente con lo alegado y pretendido y manifiestamente contrario a Derecho.

SEGUNDO . La tesis mayoritaria afirma que "la Sala ya se ha pronunciado con relación al tema de la retirada de la cruz, en una sentencia hoy firme..." si embargo ahora, frente a la tesis que equiparaba como idénticas la situación actual del monumento, con el anterior, seguido en la sentencia recaída en recurso de apelación 305/17, afirma que "Esta sentencia - refiriéndose a la sentencia 318/17 recaída en recurso contra el auto denegatorio de suspensión cautelar del acuerdo de 3 de marzo de 2016- constituye un antecedente, pero no un precedente determinante, porque el objeto del proceso en el que se dictó aunque parecido no es idéntico al que actualmente tenemos entre manos; tampoco lo son las partes; distintas en uno y otro caso. De manera que entre este y aquel existe una fundamental diferencia; ya que en aquel lo que se cuestionaba desde la legalidad ordinaria, era la aplicación o no de la Ley de Memoria Histórica a la denominada cruz de los caídos de Callosa. Mientras que en este lo que en principio se cuestiona es si la supresión de la cruz atenta, contraría o vulnera el principio de libertad religiosa, porque se dice que los signos que recordaban entonces al franquismo han sido eliminados". A continuación afirma que en la sentencia en cuanto al fondo seguramente se hará un análisis más profundo de esas dos situaciones, "la cruz como símbolo religioso y la cruz como elemento de justificación de una dictadura" La sentencia de este modo, anticipándose al fondo del asunto, traslada a la Cruz la condición de "elemento de justificación de la dictadura" desechando la tesis de la parte recurrente pues la moción presentada por el Grupo Popular en fecha 13 de enero de 2017 debatida en 26 de enero, tenía por objeto poner de manifiesto que conforme al informe emitido por el funcionario Sr. Domingo, en septiembre de 2016 se llevaron a cabo modificaciones del monumento eliminando las placas y menciones conmemorativas a las que hace referencia el informe ("José Antonio Primo de Rivera", "¡Presentes!" y "Las Falanges juveniles de Franco de Lugo a los Héroes Falangistas de Callosa de Segura 1936-1957"), permaneciendo grabados únicamente los nombres de los habitantes del municipio caídos en el conflicto, de forma que ahora se encontraría en el ámbito de excepcionalidad a que se refiere el art. 15.2 de la Ley: que 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. De modo que si la Sala equipara de hecho tales situaciones, al identificar la Cruz como símbolo de la dictadura, sin considerar relevante el cambio consistente en la eliminación de las placas que pudieran considerarse elementos de exaltación colectiva de la guerra civil, para acordar la exclusión del monumento del catálogo de vestigios, sin efectuar aquí un juicio de apariencia de buen derecho de la protección de la libertad religiosa que se le pide, el cual no se realiza, está en sede cautelar anunciando la desestimación del recurso principal, en contradicción con el propio razonamiento contenido en la sentencia, fundamento jurídico sexto, 1º y 5º donde afirmando la neutralidad, se inclina por obviar el juicio de ponderación de intereses en juego -la libertad religiosa en su vertiente pública frente a la laicidad y aconfesionalidad del estado- para afirmar que el desmantelamiento no comporta riesgo alguno, lo cual es en sí contradictorio, pues se pronuncia a favor de uno de tales intereses, sin analizar de qué modo es quebrantado el otro. Afirma "cuando en su caso se dicte sentencia, se tendrá que decidir si la retirada de la cruz de los caídos implica una violación del derecho fundamental alegado o no" es decir, una vez violado el derecho, se pronunciará la Sala acerca de si se ha violado o no, con lo que no existe tutela cautelar posible.

TERCERO . Respecto a la garantía de ejecutividad de la sentencia y evitación de pérdida de finalidad del recurso, la posición mayoritaria se refiere de nuevo a la deconstrucción del monumento y a su custodia -parece ser que ha sido depositado no en un museo o lugar digno, sino en un matadero-, así como a la presunción de legitimidad, para desestimar la tutela cautelar.

El análisis del supuesto como si se tratara de la simple demolición o desmantelamiento de una construcción cualquiera (un trastero) se presenta en el caso que nos ocupa como simplista.

Simplista porque se está omitiendo dar respuesta a muchas de las cuestiones suscitadas, en concreto la parte apelante manifiesta que está licitada la demolición del monumento y su traslado a un vertedero, lo que comportaría un perjuicio irreparable; alegación a que no se da respuesta.

Se transcriben las presuntas afirmaciones públicas del Alcalde "la Cruz tiene los días contados", "la judicialización de la política con la Cruz no va a condicionar la acción de gobierno", donde quizá se apunta ya una posible desobediencia a este Tribunal, y a que tampoco se da respuesta.

También afirma que la Cruz de Callosa se ha convertido en emblema nacional de algunos partidos políticos en su lucha contra el catolicismo.



En definitiva, nos encontramos en el marco de un procedimiento de protección de derechos fundamentales sin que quepa resolver aquí la simple posibilidad de dismantelar y reconstruir un monumento, a la luz de un recurso presentado y su correspondiente medida cautelar, sino que procede resolver adecuadamente en relación a los intereses en conflicto.

En tal caso recordar que el originario procedimiento de protección jurisdiccional de derechos fundamentales por Ley 62/78 de 26 de diciembre, invertía los términos del juicio cautelar de ponderación de intereses, al hacer prevalecer la suspensión sobre la ejecutividad del acto, en los términos de su art. 7.4 : la Sala acordará la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general, suspensión que podrá concederse con o sin afianzamiento de los perjuicios de cualquiera otra naturaleza que pudieran derivarse.

Y en tal sentido, si bien en la actualidad esta regulación está derogada por la vigente LRJCA 29/98, no es menos cierto que la misma contempla aún una tutela específica del derecho de reunión y manifestación que en definitiva supone su protección cautelar, al resolverse con anterioridad a la celebración; si bien es cierto que en la actualidad la tutela cautelar de los derechos fundamentales se asimila a la general, tampoco cabe desconocer su especificidad so pena de quebrantar la tutela judicial efectiva.

Como bien decía la ponencia mayoritaria, el derecho fundamental cuya protección se invoca, libertad religiosa, tiene una vertiente privada y otra pública. El art. 16 CE garantiza su ejercicio, sin más limitación en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley... 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

La vertiente pública resulta de tales relaciones, plasmadas en los acuerdos con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, destacando el art. 1 en materia de asuntos jurídicos: 1. El Estado Español reconoce a la Iglesia Católica el derecho de ejercer su misión apostólica y le garantiza el libre y público ejercicio de las actividades que le son propias y en especial las de culto, jurisdicción y magisterio.

Como también la interpretación conforme al art. 10 CE del cariz de los Derechos Fundamentales, a la luz del CEDH, cuyo art. 9 dispone: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

Desde este punto de vista, el hecho del dismantelamiento de lo que para los recurrentes es un símbolo religioso, y también de memoria a los difuntos como se verá, supone ya una lesión del derecho, no susceptible de reparación.

Recordar que mediante reciente sentencia de esta Sala de 10 de enero de 2018, recaída en los autos principales de este mismo recurso de protección de derechos fundamentales, se ha revocado el auto del Juzgado que archivaba el procedimiento con prosecución conforme al Ordinario, para ordenar su continuación por el trámite de derechos fundamentales, apreciando debida e indiciariamente justificados todos los elementos para su tramitación. Ahora se deniega la tutela cautelar de modo que, de estimarse la pretensión principal, la vertiente de manifestación pública de la libertad religiosa, y el elemento de memoria de los difuntos que la propia ley de memoria histórica ampara, habrá sido ya irreparablemente dañado.

El contenido del derecho fundamental a la libertad religiosa en su vertiente de manifestación pública, y la correlativa pretensión de tutela cautelar, ha de ponerse en este caso en relación con el contenido de la moción que constituye el objeto del recurso en materia de derechos fundamentales.

La moción objeto del acuerdo afirma tratarse de un monumento religioso-funerario en memoria de difuntos, frente a la posición del acuerdo impugnado que lo considera un monumento de exaltación de la guerra civil.

Desde este punto de vista, considerando en orden a la protección de derechos fundamentales su cariz religioso y en memoria estrictamente privada de los ejecutados durante el conflicto civil, tratándose de un listado de al parecer ochenta y una personas que perdieron la vida en dicho conflicto, no es de recibo el rechazo con omisión de fundamento alguno por parte de la posición mayoritaria de la Sección Primera de esta Sala, de la defensa de la protección de las creencias religiosas, representadas por la Cruz, y de la memoria de los difuntos, representada



por las inscripciones de los caídos, ambos bienes jurídicos protegidos en la Sección 2ª del Capítulo IV del Título XXI del Código Penal, "Delitos contra la Constitución".

Como se razonaba en el fundamento anterior, ante el cariz conflictivo que conllevaría la ejecución de la resolución impugnada -es decir, la desestimación de la moción de exclusión del monumento, del catálogo, con paralización por tanto de la moción anterior que la incluía- que a tenor de los recursos presentados y la notoriedad pública de la situación, parece revivir en la población el conflicto en dos bandos, resulta reductivo analizar la viabilidad del desmantelamiento y reposición del monumento, a los efectos de su análisis cautelares: el desmantelamiento puede resultar ofensivo a la memoria de los difuntos, para sus familiares, y también para quienes profesan las creencias religiosas que la Cruz representa, tratándose de ofensas morales que por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación.

De ahí que el juicio de perjuicio irreparable que formula la Sala representa muy sesgadamente los intereses en juego.

Frente a ello, la preeminencia de ejecutividad de la resolución administrativa, como representativa del interés general, se presenta en este caso más que dudosa, dada la situación de conflicto que suscita entre la población de Callosa.

En este punto debemos recordar que el art. 15 de la Ley de memoria histórica dice así: Símbolos y monumentos públicos

1. 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. Entre estas medidas podrá incluirse la retirada de subvenciones o ayudas públicas. 2. Lo previsto en el apartado 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 precepto ha de ponerse en relación con lo previsto en la Exposición de Motivos de la Ley, cuando afirma: El espíritu de reconciliación y concordia, y de respeto al pluralismo y a la defensa pacífica de todas las ideas, que guió la Transición, nos permitió dotarnos de una Constitución, la de 1978, que tradujo jurídicamente esa voluntad de reencuentro de los españoles, articulando un Estado social y democrático de derecho con clara vocación integradora. Como también el art. 2 : Reconocimiento general

1. Como expresión del derecho de todos los ciudadanos a la reparación moral y a la recuperación de su memoria personal y familiar, se reconoce y declara el carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil, así como las sufridas por las mismas causas durante la Dictadura.

2. Las razones a que se refiere el apartado anterior incluyen la pertenencia, colaboración o relación con partidos políticos, sindicatos, organizaciones religiosas o militares, minorías étnicas, sociedades secretas, logias masónicas y grupos de resistencia, así como el ejercicio de conductas vinculadas con opciones culturales, lingüísticas o de orientación sexual.

3. Asimismo, se reconoce y declara la injusticia que supuso el exilio de muchos españoles durante la Guerra Civil y la Dictadura.

Y el artículo 3 Declaración de ilegitimidad

1. Se declara la ilegitimidad de los tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos penales o administrativos que, durante la Guerra Civil, se hubieran constituido para imponer, por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, condenas o sanciones de carácter personal, así como la de sus resoluciones.

Y es que, con independencia de cuál fuera la voluntad del legislador, que como sabemos, no vincula la interpretación de la Ley, -en los términos del art. 3 CC, la literalidad, el contexto, los antecedentes y la realidad social del tiempo de su aplicación-, desde luego el espíritu de reconciliación y el respeto al pluralismo, así como el reconocimiento a la reparación moral de todas las personas que sufrieron violencia por razones políticas, ideológicas o religiosas durante la guerra civil y durante la posterior dictadura; o que sufrieron la violencia de los tribunales o pseudoórganos penales o administrativos constituídos tanto durante la guerra, como durante la dictadura, la formación de un catálogo de vestigios que ignora las víctimas civiles producidas por violencia del bando republicano por razones ideológicas o religiosas, contemplando sólo las producidas del bando nacional, no se compadece con los términos de la Ley pues tan ilegítimos son los pseudoórganos que so capa de república ordenaron o realizaron estas ejecuciones, como los tribunales constituídos después por la dictadura, con el mismo fin de purgar ideológicamente a la población. De ahí que sea inadmisibles, por no compadecerse con el



tenor de la Ley, la formación de un catálogo que contemple vestigios ofensivos para sólo las víctimas de un bando, ignorando al otro, con quebrantamiento del espíritu de concordia que la propia Ley preconiza.

CUARTO . La ponencia mayoritaria introduce una cuestión que no fue objeto de la deliberación, la posible protección BIC del monumento, a que se refiere el recurso, y resuelve de forma errónea que "la declaración de monumento, va referida estrictamente a la Iglesia", citando el RD de su catalogación.

La parte apelante presentó en la pieza que nos ocupa un informe pericial como documento nº 8 sobre la protección del monumento, pero además aportó en el trámite de la pieza 446/17 de la medida cautelarísima recaída en estos mismos autos, informe de la Directora General de Cultura y Patrimonio de 18 de mayo de 2016 según el cual el BIC de referencia (Iglesia Arciprestal) cuenta provisionalmente con un entorno de protección definido consistente en sumar a la manzana donde se ubica el inmueble, los espacios públicos colindantes y las manzanas que entren en contacto con tales espacios públicos.

La Cruz se encuentra enclavada en la plaza que constituye espacio público inmediato a la Iglesia provisionalmente protegido, lo que pudiera incidir en la necesidad de autorización expresa de la Dirección General de Patrimonio.

Art. 19 Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español : 11. En los Monumentos declarados Bienes de Interés Cultural no podrá realizarse obra interior o exterior que afecte directamente al inmueble o a cualquiera de sus partes integrantes o pertenencias sin autorización expresa de los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley. Será preceptiva la misma autorización para colocar en fachadas o en cubiertas cualquier clase de rótulo, señal o símbolo, así como para realizar obras en el entorno afectado por la declaración.

Y art. 11: 1. La incoación de expediente para la declaración de un Bien de Interés Cultural determinará, en relación al bien afectado, la aplicación provisional del mismo régimen de protección previsto para los bienes declarados de interés cultural.

En relación con la DT 2ª 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano: Los municipios en los que a la entrada en vigor de esta Ley hubiere algún inmueble declarado Bien de Interés Cultural deberán, en el plazo de un año, elaborar el Plan Especial de protección a que se refiere el artículo 34.2, aprobarlo provisionalmente y remitirlo al órgano competente para su aprobación definitiva. Si hubiera ya aprobado un Plan Especial, u otro instrumento de planeamiento con el mismo objeto, podrán, en el mismo plazo, someterlo a convalidación mediante el informe de la Conselleria de Cultura, Educación y Ciencia previsto en el mismo artículo o adaptarlo a las determinaciones establecidas en la presente Ley.

Consta también informe del Director General de Reformas Democráticas de fecha 31 de julio de 2017 el que afirma "El elemento no forma parte del BIC de la Iglesia Arciprestal de San Martín -claro, forma parte de su entorno de protección- si bien cabe remitirse en este punto a lo que dictamine la Consellería competente en materia de patrimonio cultural valenciano" "No consta haber recabado el Ayuntamiento informe de Patrimonio, a fin de proceder al desmantelamiento del monumento sito en provisionalmente calificado entorno de protección BIC, lo que indudablemente procede analizarse a los efectos de los intereses en conflicto, pues los públicos aparecen tutelados por distintas administraciones una de las cuales al menos, no ha sido oída, a cuyo efecto nos remitimos al fundamento de derecho sexto de la STS 1891 25 de marzo de 2009 , sin que quepa por tanto considerar en este caso al Consistorio como único titular de la defensa del interés público al concurrir otras administraciones.

QUINTO. Por último, considerar que nos encontramos ante una medida cautelar positiva, la conservación del monumento en su actual estado, en realidad, en el estado que tenía antes de proceder el Ayuntamiento a desmantelar.

En este sentido como tiene establecido la Jurisprudencia, concurre un criterio general de ponderación cual es el del mantenimiento del status quo, defendido entre otras por la STS Sala 3ª, sec. 5ª, S 9-2-2012, rec. 3146/2011 : Y en relación con la concurrencia del otro requisito legitimador para la adaptación de la medida cautelar, concretamente con la pérdida de finalidad del recurso (periculum in mora), razonamos en Sentencia 17 de enero de 2011 (recurso de casación num. 1452/2010) que "debe ante todo notarse que, como acertadamente señaló la Abogacía del Estado al formular ante la Sala de instancia su oposición a la medida cautelar, lo que se solicita no es propiamente la suspensión de la ejecutividad de un acto administrativo sino una medida cautelar positiva consistente en el otorgamiento provisional y cautelar mientras se resuelve el litigio- de una inscripción en el Catálogo de Aguas que ha sido denegada por la Administración. Dicho de otro modo, la medida cautelar que se propugna no está destinada al mantenimiento del statu quo -como sucede cuando se suspende la ejecutividad de un acto administrativo- sino que tiende precisamente a su modificación, pues el otorgamiento de la medida conllevaría el surgimiento de una situación jurídica hasta entonces inexistente. (...). La redacción dada al artículo 129.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción no excluye, desde luego, que el órgano jurisdiccional pueda acordar medidas cautelares positivas, pues el precepto utiliza una formulación amplia en cuya virtud



los interesados pueden solicitar"... la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia". Ahora bien, es indudable que cuando se postula una medida cautelar positiva la valoración de las circunstancias concurrentes para determinar su procedencia reviste un perfil singular, en particular en lo que se refiere a la apreciación del periculum in mora, y ello porque la adopción de la medida no supone el mantenimiento de la situación existente sino su modificación, de manera que puede ser precisamente la adopción de la medida `y no su denegación- la que haga perder al litigio su finalidad.

La citada doctrina en sentido contrario, conduce a considerar que la situación preexistente consiste en la presencia de un monumento en el lugar durante setenta años, y que su desmantelamiento no se presenta socialmente pacífica y consensuada, sino fuente de conflictos, por lo que la ponderación de intereses en juego habría de conducir a la estimación del recurso, con revocación del auto y adopción de la medida cautelar.

Es todo cuanto tiene que manifestar la suscribiente.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ