



Roj: **STSJ CV 2/2018 - ECLI: ES:TSJCV:2018:2**

Id Cendoj: **46250330012018100002**

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

Sede: **Valencia**

Sección: **1**

Fecha: **25/01/2018**

Nº de Recurso: **305/2017**

Nº de Resolución: **37/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **ESTRELLA BLANES RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

Presidente : D. Mariano Ferrando Marzal **Magistrados/as** : D. Carlos Altarriba Cano, D^a. Desamparados Iruela Jiménez, D^a Laura Alabau Martí y D^a Estrella Blanes Rodríguez.

Ha sido el ponente la Ilma. Magistrada D^a Estrella Blanes Rodríguez, quien expresa el parecer de la Sala.

SENTENCIA Nº 37

En la ciudad de Valencia a 25 de enero del 2018

Visto el recurso de apelación nº **305 /2017**, interpuesto por GRUPO MUNICIPAL POPULARy D. Gabino ,contra el Auto nº 118 /2017 dictado en el Recurso Contencioso-Administrativo seguido en el Juzgado nº 1 de Elx en el procedimiento nº 141/2017; en la que ha comparecido como apelado el **AYUNTAMIENTO DE CALLOSA DE SEGURA**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo contencioso citado remitió a esta Sala el Recurso contencioso-administrativo seguido a instancia de la actora, procedimiento que concluyó por Auto del Juzgado de fecha 23.3.2017 , cuyo fallo denegó la medida cautelar solicitada.

SEGUNDO.-Notificada la anterior resolución a las partes intervinientes, interpuso recurso de apelación la representación de los apelantes, 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 hacía constar que, procedía la confirmación de la sentencia.

CUARTO.-Elevadas las actuaciones a la Sala formó el presente Rollo de Apelación por Diligencia de Ordenación, en el que acordó admitir a trámite el recurso, quedando señalado para su votación y fallo el día 24 de enero del 2018.

La tramitación del presente Rollo ha observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La apelante alega los siguientes extremos en el recurso de apelación:



1º- El auto apelado y el Auto de aclaración rechaza la medida cautelar en referencia a una resolución distinta a la recurrida por lo que considera que el auto apelado es nulo.

2º.-Expone los hechos que considera relevantes y alega que la desaprobación contenida en la moción relativa a la conservación del monumento incumple la ley de Memoria histórica y que puede crear al monumento daños y perjuicios de difícil reparación en el traslado o recolocación en el lugar en el que se encuentra.

3º.-Apariencia de buen derecho, exponiendo que la ley de Memoria histórica no fue aprobada para eliminar el régimen franquista en su conjunto.

El Ayuntamiento apelado se opone y alega que el acto cuya suspensión se solicita es la desestimación de una moción, que el traslado o eliminación del monumento a los caídos ya fue decidido por Acuerdo del Pleno 3.3.2016, que la Sentencia nº 318 de 5.5.2017 de esta Sala y Sección ya denegó la suspensión del citado Acuerdo, la prevalencia del interés general, la falta de apariencia de buen derecho de los actores, que el monolito es de naturaleza pública al igual que los terrenos en los que se ubica y que no hay pérdida de la finalidad legítima del recurso añadiendo que el acto impugnado (el rechazo de la moción carece de efectividad ejecutiva)

SEGUNDO : Partiendo de que el acto impugnado, del que ha sido solicitado la suspensión es el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento apelado de fecha 26.1.2017, que desestimó la propuesta presentada el Portavoz Municipal Popular del Ayuntamiento en fecha 13.1.2017, es evidente que el Juzgado se equivocó al identificar el acto recurrido, pronunciándose sobre la suspensión de un acto que no era objeto de recurso.

El objeto de recurso es la desestimación por el Pleno municipal de la moción presentada por el Grupo Municipal y a este acto debe referirse este recurso de apelación, sin que sea procedente decretar la nulidad del Auto apelado por tratarse de un error material, que no ha causado indefensión a los apelantes, ya que los actores ha podido interponer recurso de apelación y alegar lo que interesara a su derecho.

TERCERO: En lo que se refiere a la solicitud de suspensión de la desestimación por el Pleno Municipal de la moción presentada por el Grupo municipal, consistente en conservar junto a la puerta de la Iglesia el monumento a la Cruz, debido 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, resulta de aplicación la doctrina de esta Sala sobre medidas cautelares que el Auto apelado recoge y que resulta jurídicamente aplicable al caso que nos ocupa.

En efecto, como excepción al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, estableciendo el *art. 130 LJCA* que, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse por el órgano jurisdiccional únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, pudiendo no obstante denegarse, cuando de su adopción pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

La finalidad de las medidas cautelares se define pues por dos conceptos determinantes que marcan al mismo tiempo el criterio para su adopción, a saber, que la medida "asegure la finalidad de la sentencia" (*art. 129.1 LJCA*) y que "podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su legítima finalidad al recurso" (*art. 130.1 LJCA*).

Garantía de efectividad de la sentencia y evitación de la pérdida de la finalidad legítima del recurso son, por tanto, los conceptos jurídicos indeterminados claves para la adopción de las medidas, que se pueden reconducir al "periculum in mora", al riesgo de que la ejecución del acto o disposición pudiera ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.

En lo que respecta a los argumentos de los actores procede la desestimación de la suspensión del Acuerdo del pleno impugnado por las siguientes consideraciones.

Como ya dijimos en la Sentencia 318 /2017 de fecha 5.3.2017, con ocasión del recurso de apelación nº 513 /2016, interpuesto contra el Auto 337, dictado en el recurso 130 /2016 en pieza de medidas cautelares solicitando la medida cautelar de suspensión del Acuerdo del Pleno municipal de 3.4.2016 que aprobó "el traslado del monumento de los caídos y supresión de placas conmemorativas presentes en el mismo al tratarse de un objeto de exaltación colectiva de la guerra civil prohibido por la legislación vigente" en pieza de medidas cautelares, no es procedente ningún pronunciamiento sobre el fondo del asunto, es decir sobre la aplicación de la ley de memoria histórica y el cumplimiento o incumplimiento por el Acuerdo impugnado de dicha ley y no puede apreciarse perjuicio irreparable en el traslado del monumento como alegan los actores, para el propio monumento, no constando ni siquiera indiciariamente que este traslado vaya a deteriorar el monumento o



hacer imposible su recolocación en el lugar que ocupaba pudiendo en el caso de que el recurso fuera estimado, ser repuesto en el lugar original.

Respecto a la alegación de apariencia de buen derecho, como hemos dicho no podemos entrar en el fondo del asunto, siendo de aplicación la doctrina invocada en el Auto apelado.

Y es que en efecto la apariencia de buen derecho ha de ser ostensible y valorada con mucha ponderación y mesura porque, normalmente, con ella se efectúa una invitación a que la Sala entre en el fondo del asunto, la ley no hace referencia alguna al criterio del "fumus boni iuris", por lo que es inevitable que el órgano jurisdiccional pondere también ese criterio, siempre que se considere que es un elemento más a tener en cuenta por el órgano judicial para fundamentar su decisión, pero sin asignarle mayor eficacia y alcance que el reconocido por la jurisprudencia en sus formulaciones más recientes.

Formulaciones de las que es representativa la STS, Sala 3ª, de 1 de febrero de 2010, rec. 5018/2008, a tenor de cuyo FJ 7º, "la doctrina sobre el "fumus boni iuris" requiere una prudente aplicación para no prejuzgar, al resolver el incidente de medidas cautelares, la decisión del pleito, pues, de lo contrario, se quebrantaría el derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba, de modo que la jurisprudencia hace una aplicación matizada y restrictiva de la doctrina de la apariencia del buen derecho".

Es decir esta apariencia, por tanto, ha de ser ostensible y valorada con mucha ponderación y mesura porque, normalmente, con ella se efectúa una invitación a que la Sala entre en el fondo del asunto.

En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2007 (casación 10341/04) de 17 de marzo de 2008 (casación 1021/06) indican que la apariencia de buen derecho o "fumus boni iuris" es "un criterio que debe emplearse en el contexto de los que expresamente prevé la repetida Ley 29/1998, para percibir sin desacierto la finalidad legítima del recurso, para la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, o para ponderar de forma circunstanciada los intereses generales o de tercero y la perturbación grave que para ellos pueda seguirse de la adopción de la medida cautelar. Es un criterio que no gobierna en sí mismo ni con carácter principal la decisión cautelar, pues dejando de lado procesos especiales, sobre todo en otros órdenes jurisdiccionales, la finalidad propia y directa de esta institución no es en el proceso contencioso-administrativo la de tutelar provisionalmente la posición o situación jurídica de la parte que aparentemente litiga con razón, sino preservar el derecho a la tutela judicial efectiva al final del proceso, o lo que es igual, el efecto útil de la sentencia que en éste deba recaer. Y es un criterio que en todo caso debe aplicarse combinando el serio fundamento de lo que a través de él se deduzca y la no menos seria percepción y convicción de que lo deducido es meramente provisional, que no prejuzga en absoluto el fondo del asunto...".

Por lo expuesto y razonado, no procede la suspensión de la eficacia del acto administrativo impugnado, consistente en el Acuerdo del Pleno Municipal adoptado por mayoría de fecha 26.1.2017, que desestimó la propuesta presentada el Portavoz Municipal Popular del Ayuntamiento en fecha 13.1.2017, consistente en conservar junto a la puerta de la Iglesia el monumento a la Cruz de los Caídos, que además carece de eficacia ejecutiva como señala la administración demandada, ya que el acto administrativo cuya suspensión se solicita, es la desestimación de una moción y el traslado del monumento a los caídos, ya fue decidido por Acuerdo del Pleno 3.3.2016 cuya suspensión fue denegada por Sentencia de esta Sala y Sección nº 318 /2017.

CUARTO: Dispone el artículo 139.2 de la Ley 29/98 de 13 de Julio, reguladora de esta Jurisdicción, que se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso en las demás instancias salvo que el órgano jurisdiccional razonándolo debidamente aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición, y el Tribunal haciendo uso de la facultad que le otorga el art. 139.3 de la misma ley, fija el importe de las costas atendiendo a la actividad procesal despegada la índole del asunto y su especial dificultad siendo de aplicación del artículo 243.2 de al LEC redactado por el apartado veintiocho del artículo único de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («B.O.E.» 6 octubre). Vigencia: 7 octubre 2015

En base a los anteriores hechos, fundamentos jurídicos y vistos los artículos citados y demás de general aplicación.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación nº 305 /2017, interpuesto por **GRUPO MUNICIPAL POPULAR D. Gabino** contra el Auto nº 118 /2017 dictado en el Recurso Contencioso-Administrativo seguido en el Juzgado nº 1 de Elx, en el procedimiento, nº 141/2017, condenando a los actores al pago de las costas causadas a la administración, hasta un máximo de 400 euros por la defensa letrada y representación.



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 ésta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Y, para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto una vez declarada su firmeza, a su tiempo, y con Certificación literal de la presente, devuélvanse los autos con el expediente administrativo al Juzgado de procedencia.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA

COMUNIDAD VALENCIANA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

RAP 305/17

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 305/2017, seguido a instancia de D. Gabino, Portavoz del Grupo Popular del Ayuntamiento de Callosa de Segura contra el auto 118/17 de 23 de marzo, 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. En primer lugar reseñar que con posterioridad a la sesión de deliberación señalada, tuvo entrada en la Sala el escrito de la parte apelada manifestando haber recaído sentencia en los autos principales, y que la misma había quedado firme al no interponerse recurso en plazo.

El hecho nuevo no se ha tenido en consideración debido a la extemporaneidad de su alegación, habiendo sido sometido a votación y fallo el recurso de apelación contra el auto en esta pieza; sin que tampoco se haya acreditado la presunta firmeza a los efectos que nos ocupan.

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 se interesaba "la suspensión de la ejecución de dicha resolución"

El auto de instancia inadmite 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 29-10-15"

Mediante escrito de la parte recurrente se solicita aclaración, indicando un error material tanto en la fecha como en el contenido del acto, pues el recurrido es de fecha 26 de enero de 2017 y el contenido del auto pone de manifiesto el error, al afirmar que "se solicita la medida una vez transcurrido más de un año de su adopción".

No obstante el auto de aclaración de 4 de abril de 2017 se limita a modificar la fecha, resolviendo "Inadmito la medida cautelar solicitada por la representación procesal...consistente en la suspensión de efectos correspondiente a la resolución de Alcaldía del Excmo. Ayuntamiento de Callosa de Segura de fecha 13-1-17".



Sin embargo pese a considerar en esta apelación la posición mayoritaria " es evidente que el Juzgado se equivocó al identificar el acto recurrido, pronunciándose sobre la suspensión de un acto que no era objeto de recurso ", no lo anula, al estimar que " se trata de un error material y no ha causado indefensión a los apelantes ".

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, invocada por la parte apelante en su escrito a que no se ha dado debida respuesta, procediendo su revocación, al no haber sido adoptada en la instancia tras denunciarse por los recurrentes.

De modo que la sentencia mayoritaria con desestimar el recurso de apelación, paradójicamente confirma un auto nulo de pleno derecho, por cuanto se refiere a una resolución no recurrida no sólo en cuanto a la designación de la fecha, sino a la motivación y parte dispositiva del auto, de inadmisión.

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.

En razón de todo lo que antecede y que se solicita la medida una vez transcurrido más de un año desde que se efectuó el acto que se recurre, procede inadmitir la medida cautelar solicitada. "

Pese a que mediante auto se rectifica la fecha de la resolución, para incurrir en un nuevo error -no es de fecha 13 de enero sino 26 de enero-, no se varía el razonamiento ni la parte dispositiva de inadmisión.

La primera parte del fundamento ni se compadece con el acuerdo verdaderamente recurrido, de 26 de enero de 2017, ni con el acuerdo que también se acompañó 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 segunda, en cuanto afirma que "se solicita la medida una vez transcurrido más de un año desde que se efectuó el acto que se recurre", se supone la razón de la inadmisión, aunque no se funda en precepto alguno.

Por tanto, aunque corrija -de nuevo con error- la fecha del acuerdo, los fundamentos erróneos, sobre todo el que justifica la inadmisión, permanecen incólumes.

Y es que de ser cierto que se recurriera el acuerdo de 2015, lo procedente sería la inadmisión del recurso por su extemporaneidad, no de la medida cautelar. Por tanto, la inadmisión de la medida cautelar solicitada contra el acuerdo de 26 de enero de 2017, no encuentra amparo legal, ni el razonamiento 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 sentencia de pleno 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, máxime cuando con ello permanece el pronunciamiento de inadmisión en lugar de desestimación, manifiestamente contrario a Derecho.

SEGUNDO . La tesis mayoritaria afirma que el acuerdo impugnado carece de eficacia ejecutiva, pues el acto cuya suspensión se solicita es la desestimación de una moción y el traslado del monumento a los caídos, que ya fue decidido por acuerdo plenario de 3 de marzo de 2016 cuya suspensión denegó la Sala en STSJCV 318/17 .



Pese a haber razonado con anterioridad que no se iba a examinar el *fumus boni iuris* con el fin de no prejuzgar el recurso principal, lo cierto es que al afirmar la posición mayoritaria que el traslado *ya fue decidido*, y confirmado por la Sala, está dando por supuesta la inviabilidad del recurso principal, 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. Calixto, 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 sostiene ser la situación idéntica, 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, está en sede cautelar anunciando la desestimación del recurso principal, en contradicción con el propio razonamiento contenido en la sentencia, fundamento jurídico tercero cuando afirma "en pieza de medidas cautelares no es procedente ningún pronunciamiento sobre el fondo del asunto es decir sobre la aplicación de la ley de memoria histórica y el cumplimiento o incumplimiento por el acuerdo impugnado de dicha ley".

TERCERO. Respecto a la garantía de ejecutividad de la sentencia y evitación de pérdida de finalidad del recurso, la posición mayoritaria transcribe el razonamiento que se adoptó en aquella pieza cautelar relativa al acuerdo plenario de 3 de abril de 2016, y con ello vuelve a prejuzgar el fondo al no considerar tratarse de un acuerdo nuevo y unas circunstancias de hecho nuevas también limitándose a reproducir aquel razonamiento: *".. y no puede apreciarse perjuicio irreparable en el traslado del monumento como alegan los actores para el propio monumento, no constando ni siquiera indiciariamente que este traslado vaya a deteriorar el monumento o hacer imposible su recolocación en el lugar que ocupaba pudiendo en el caso de que el recurso fuera estimado, ser repuesto en el lugar original."*

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, unas alegadas en apelación cuales son la protección del entorno BIC Iglesia Arciprestal de San Martín en que se encuentra enclavada la Cruz, su cariz religioso y la permanencia en el monumento de menciones de estricto recuerdo privado sin exaltación de los enfrentados; otras de que tiene conocimiento la Sala debido a la existencia de asuntos relativos a idéntica resolución: la pendencia del procedimiento especial de protección de Derechos Fundamentales instada contra idéntico acuerdo plenario por otros recurrentes, habiendo recaído sentencia de esta Sala de fecha 10 de enero de 2018, apelación 225/17, revocando el auto de 27 de marzo de 2017 del Juzgado de lo contencioso único de Elche, que declara *la inadmisión del recurso contencioso-administrativo por inadecuación del mismo al procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, y su continuación por los cauces previstos para el procedimiento ordinario*; y ordenando en su lugar *que por el Juzgado se admita y sustancie el recurso por los trámites previstos en los arts. 114 y siguientes de la Ley 29/1998*.

De ahí que tampoco resulte de relevancia la posible firmeza de la sentencia recaída en los autos principales de esta pieza por seguirse contra idéntico acuerdo plenario de 26 de enero de 2017 procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, a instancia de otros recurrentes.

El primero de tales elementos alegado por la parte apelante a que no se da respuesta alguna, ni en la instancia ni en apelación, incide precisamente en la ejecutividad del acto, pues según consta a esta Sala por medio de la documentación aportada en la pieza relativa al procedimiento de protección de derechos fundamentales, existe 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.

CUARTO. El segundo viene referido a la divergente posición de los recurrentes que afirman 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 no ya la protección de derechos fundamentales que no ha sido invocada sino 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 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.

QUINTO . El último elemento apuntado, de que tiene conocimiento la Sala debido a la coincidencia temporal de su deliberación, consistente en la pendencia del procedimiento especial de protección de Derechos Fundamentales instada contra el mismo acuerdo plenario, será objeto de detallado análisis al formular el voto contra la ponencia mayoritaria de la pieza deliberada en aquél; no obstante reiterar que no cabe resolver aquí la simple posibilidad de dismantelar y reconstruir un monumento, a la luz de un recurso ordinario presentado y su correspondiente medida cautelar, sino que procede resolver los recursos planteados en relación a idéntico acuerdo administrativo con una visión de conjunto pues las medidas que se acuerden o dejen de acordar indudablemente repercutirán en los restantes procedimientos en liza.

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.



Por último, considerar que nos encontramos ante una medida cautelar positiva -la suspensión de la denegación o desestimación de la moción, no produce efecto alguno, sino que se solicita la conservación del monumento en su actual estado-.

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. Sr. Magistrado Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de la que, como Secretario de la misma, certifico en Valencia, y fecha que antecede.