

Euskal Autonomi Erkarteako Justizia
Administrazioaren Ofizio Papera
Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia
Administrazioaren Ofizio Papera

Papel de Oficio de la Administración de Justicia en la
Comunidad Autónoma del País Vasco
Papel de Oficio de la Administración de Justicia en la
Comunidad Autónoma del País Vasco

ROSA ALDAY MENDIZABAL
PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES

Aloc. Procc. N.º 88 - 1º decha.

Tel: 41 00 400 00 15

Fax: 00 400 01 50

41001 BILBAO

ILITRE COLEGIO DE PROCURADORES
DE LOS TRIBUNALES DE VIZCAYA

SENTENCIA N.º 3597/2011

17 NOV 2011

BIZKAIKO AUZITEGIETAKO
PROKURADOREEN ELKARGO-OSPE

En BILBAO (BIZKAIA), al día 19 del mes de octubre del año 2011, yo,

Fernando Golzueta Rulz, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 4, he visto el proceso ordinario nº 868 del año 2010 seguido en materia de fiestas.

Ha sido parte recurrente "Txori Barrote" Kultur Elkarteak quien ha comparecido representada por la Procuradora D^a ROSA ALDAY MENDIZABAL y asistida de la Letrada D^a ANA ISABEL TUDANCA DE LA GUARDIA.

Ha sido administración demandada el Ayuntamiento de Bilbaoko Udala quien ha comparecido representado por el Procurador D. GONZALO ARÓSTEGUI GÓMEZ y asistido del Letrado D. GONZALO RUIZ AIZPURU.

y con motivo de los siguientes:

HECHOS

1º.- Seguido el trámite señalado con el resultado que se desprende de las actuaciones ha quedado el proceso "visto para sentencia" tras haberse observado todas las prescripciones legales en la tramitación.

2º.- La cuantía del asunto ha sido fijada como Indeterminada.

y de los siguientes:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.-I.1.- Visto el obstáculo procesal que se esgrime por la administración demandada es necesario empezar la presente motivación adelantando que, tal y como se razonará en los "Fundamentos Jurídicos" II y VII de esta resolución, este magistrado considera que procede sin embargo entrar a resolver el fondo del asunto debatido así como que también procede estimar el recurso contencioso-administrativo conforme a los principios y normas jurídicas de aplicación al presente caso; así como en virtud de los

hechos alegados, los medios de prueba practicados y las pretensiones ejercidas por las partes comparecidas.

I.2.A.- Por ello, se debe continuar señalando que por la recurrente "Txori Barrote" Kultur Elkartea se ejercen las pretensiones deducidas en su demanda la cual termina con el "suplico" siguiente:

"que teniendo por presentado este escrito con la documentación que se adjunta y por devuelto el expediente administrativo, se tenga por formalizada en tiempo y forma la demanda y, en su virtud, previos los trámites pertinentes, se dicte en su día sentencia en la que se declare:

1.- *Que la Resolución de fecha 12 de Enero de 2010, recurrida en este procedimiento, por la que se acuerda desestimar el recurso de reposición interpuesto por esa parte en el expediente 09 2501 000214 de la Oficina de Uso de Espacio Público, es nula de pleno derecho o contraria a derecho y en consecuencia, debe ser revocada y quedar sin efecto.*

2.- *Que la Resolución de fecha 24 de Noviembre de 2009, recurrida en este procedimiento, dictada en el expediente 09 2501 000214 de la Oficina de Uso de Espacio Público es nula de pleno derecho o contraria a derecho y en consecuencia, debe ser revocada y quedar sin efecto.*

3.- *Se interesa que se condene a la Administración demandada a indemnizar por daños y perjuicios a la demandante, en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia.*

4.- *Se interesa igualmente la condena en costas de la Administración demandada, de conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la LRJCA."*

I.2.B.- De ahí que, en primer lugar, se pretenda que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 31 de la L.J.C.A., se declare la no conformidad al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, la Ineficacia de las actuaciones recurridas en los términos señalados en el apartado 1 del artículo 25 de la misma.

Es decir: por "Txori Barrote" Kultur Elkartea se impugna la resolución de la Alcaldía de Bilbao de fecha 12 del mes de enero del año 2010 por la que se dispone confirmar íntegramente, en vía de recurso de reposición, la de fecha 24 del mes de noviembre del año 2009 en la que, a su vez, se acuerda declarar inhabilitada para participar en las próximas ediciones de la ASTE NAGUSIA a la comparsa "Txori Barrote" Kultur Elkartea por incumplimiento de su papel festivo según se desprende de lo señalado en el precedente Informe de la Dirección de la Ertzaingintza y, en consecuencia, determinar que no se autorizará, en ningún caso, la instalación de txosnas

por la mencionada comparsa.

En el mencionado Informe se reseña que dicho incumplimiento por parte de "Txori Barrote" Kultur Elkarteak de su carácter festivo consistió en la exhibición en su txosna de fotografías de presos de la organización terrorista ETA y otra simbología afín a la misma.

Concretamente respecto de "Txori Barrote" Kultur Elkarteak se dice (fólio 220 del expediente) que:

"En la parte superior de la txosna, cuelga una red de pesca en la que se encuentran asidas mediante Imperdibles unas noventa /90/ fotografías de presos de ETA (Foto 6). En la parte inferior de la cara exterior de la barra se halla una pegatina con fotografías de presos de ETA (Foto 7).

En el interior de la txosna, sobre un mostrador, se ubica un expositor con una pegatina de presos, idéntica a la hallada en el exterior de la barra (Foto 8). Así mismo, sobre el mostrador se sitúa un cajón de monedas, realizado en madera, en el que se encuentra adosada una pegatina con fotografías de presos de ETA en horizontal y con la inscripción de TXORI BARROTE en vertical (Foto 9).

En la parte posterior de la txosna, la cual se encuentra a corta distancia de la ría, se coloca una pancarta de dos caras, con fotografías de presos pertenecientes a la organización terrorista ETA (Fotos 10-11)."

SEGUNDO.- Este magistrado considera que, no obstante y antes de entrar a resolver el fondo del asunto, procede tratar, como especial pronunciamiento, la alegación referida a la inadmisibilidad planteada por la administración demandada relativa a que el presente recurso nº 868 del año 2010 se ha interpuesto por persona incapaz por cuanto la entidad recurrente no ha acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones a las personas jurídicas.

Sin embargo, tal y como ya se ha avanzado más arriba procede desestimar completamente dicha causa de inadmisión por las razones expuestas ya en la providencia de 26 de abril de 2010.

Por ello y siguiendo la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Constitucional al decir que "en los supuestos en los que está en juego el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción el canon de enjuiciamiento constitucional de las decisiones de inadmisión es más severo o estricto que el que rige el derecho de acceso a los recursos" (por todas, STC 203/2002, de 28 de octubre), dado que nos encontramos "ante el control de resoluciones judiciales que cierran el acceso a la jurisdicción y, por tanto, impeditivas de la obtención de una primera

respuesta judicial sobre el fondo de los derechos e intereses sometidos a tutela, supuesto en el que, conforme a nuestra doctrina constitucional, despliega su máxima eficacia el principio pro actione, exigiendo que los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma, con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad (STC 220/2003, de 15 de diciembre), que así mismo ha asumido la Sala III del Tribunal Supremo en sus sentencias de 28 de octubre de 1991 y de 12 de marzo de 2002 en las que se recuerda que la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico opera con especial intensidad cuando ha de hacerse efectiva la tutela judicial, proporcionando base para un criterio restrictivo en el ámbito de inadmisibilidad y favorable al enjuiciamiento del fondo de los asuntos, como ha recogido la jurisprudencia de esta misma Sala en las sentencias de 18 de septiembre de 1987, 10 de mayo de 1988, 29 de enero, 12 de marzo y 2 de octubre de 1990, 25 de abril y 27 de julio de 1991, este magistrado considera que, de acuerdo con lo dispuesto en al letra a) del apartado 1 del artículo 68 de la L.J.C.A., procede declarar la admisibilidad del presente recurso y entrar a conocer el fondo del mismo, pues en definitiva y tal y como el T.S. manifestó en su sentencia de 9 de diciembre de 1986, las causas de inadmisibilidad deben interpretarse de modo restrictivo a fin de evitar se yugule mediante ellas el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales.

TERCERO.-III.1.- En cuanto a los aspectos fácticos del debate y tras partir de los criterios generales de la carga de la prueba contenidos en el artículo 217 de la L.E. Civil aplicables tanto en fase administrativa como en sede procesal, ha de considerarse que, en vía administrativa y conforme al principio contenido en el apartado 1 del artículo 78 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (L.R.J.A.P.P.A.C.), de que corresponde a la Administración realizar de oficio durante la instrucción del procedimiento administrativo los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución definitiva del mismo, por la Alcaldía de Bilbao se consideró, en base a dichos actos, probada en dicha vía la certeza de los hechos ya transcritos.

III.2.- Ahora ya en sede procesal y frente a dichas consideraciones fácticas, por la parte recurrente se pidió en su momento el recibimiento del presente recurso a prueba.

En tal sentido y como principio, el segundo inciso del apartado 1 del artículo 60 de la L.J.C.A. sienta que en los escritos de demanda y contestación y en su caso también en alegaciones complementarias deben

expresarse en forma ordenada los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba.

Así, en el segundo "otroso" de la demanda presentada por "Txori Barrote" Kultur Elkartea se dijo que:

"A los efectos de prueba en el presente procedimiento, y a reserva de que la parte demandada admita los mismos y no se haga necesaria prueba sobre ellos, esta parte va a acreditar:

- 1.- *Que Txori Barrote ha desarrollado adecuadamente su papel festivo durante la Aste Nagusia de 2009.*
- 2.- *Que no todas las fotografías colocadas en la Txosna de Txori Barrote durante la Aste Nagusia de 2009 eran de personas de ETA.*
- 3.- *Que fotografías de presos bilbaínos han sido colocadas en la txosna de Txori Barrote en otras ediciones de Aste Nagusia sin que ello haya supuesto consecuencias sancionadoras para la comparsa.*
- 4.- *Que nunca han existido requerimientos por parte del Ayuntamiento de Bilbao para no colocar dichas fotografías.*
- 5.- *Que la pretensión de Txori Barrote era y ha sido siempre reivindicar el acercamiento de los presos bilbaínos, preventivos o condenados a cárceles cercanas a su domicilio y como este único fin se colocan las fotografías.*
- 6.- *Que dicho fin ha sido instado por el propio Ayuntamiento de Bilbao".*

III.3.- En cuanto a los medios de prueba articulados por la parte recurrente en los presentes autos para acreditar las mencionadas alegaciones se puede concluir que los mismos desvirtúan al menos parcialmente la decisión adoptada en vía administrativa por cuanto, por un lado, resulta que no todas las fotografías reseñadas (si es que lo son algunas) pertenecen a miembros de ETA siendo desde luego muy difícil apreciarlo sólo con la vista de los folios 220 y 221 del expediente (¿Quiénes son de ETA? ¿Cuántos?), mientras que, por otro lado, tampoco consta que el fin de la exhibición de dichas fotografías vaya más allá de la reivindicación del acercamiento de los presos bilbaínos a centros penitenciarios cercanos a su domicilio algo que igualmente también en su momento se instó por el Ayuntamiento demandado.

CUARTO.-IV.1.- En cuanto a la fundamentación de aquellas pretensiones ("hecho 1º y apartado I.2.A. del "F.J." I de esta resolución), ha

de partirse de que, frente a la presunción de validez de las actuaciones recurridas establecida en el apartado 1 del artículo 57 de la L.R.J.A.P.P.A.C. (*"Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa"*) acorde al sistema organizativo de autotutela que rige en nuestro ordenamiento jurídico, la misma se basa en que: *"Las resoluciones que se recurren son nulas de pleno derecho por haber sido dictadas prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, según establece el artículo 62.1.e) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común."*

Sin embargo, frente a dichas alegaciones se ha de considerar que las supuestas infracciones procedimentales denunciadas adolecen de falta de consistencia pues los defectos invocados carecen, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 63 de la L.R.J.A.P.P.A.C. (*"No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados"*), de transcendencia anulatoria al haber alcanzado el procedimiento administrativo su fin sin indefensión (o por lo menos, sin que se razone por que motivo se habría producido indefensión de la interesada "Txori Barrote" Kultur Elkartea) pues, en último término, la anulación pretendida solo podría dar lugar a la retroacción de las actuaciones para subsanar dichas irregularidades.

En este sentido, entre muchas otras, la sentencia nº 15 de 2005 del Tribunal Constitucional nos dice que no todo defecto procesal genera indefensión sino tan sólo aquellos que impiden alegar o probar por lo que hace tiempo que resulta ya más que tópico mencionar la doctrina que recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1992 en tanto que: *"La teoría de la nulidad de los actos administrativos ha de aplicarse con parsimonia, siendo necesario ponderar siempre el efecto que produjo la causa determinante de la invalidez y las consecuencias distintas que se hubieran seguido del correcto procedimiento rector de las actuaciones que se declararon nulas y, por supuesto, de la retroacción de estas para que se subsanen las irregularidades detectadas..."*.

De igual manera, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2003 -recurso nº 8952/97- reconoce que: *"Este criterio es coherente con la reiterada jurisprudencia de esta Sala (contenida básicamente en las sentencias de 17 May. 1194, 22 Mar. 1994 y 30 Nov. 1993) al señalar que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación la teoría jurídica de las nulidades advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad deben ponderarse cuantas circunstancias concurren en el hecho denunciado, resultando contraproducente decretar una nulidad del*

acto que conllevaría una nulidad de actuaciones con la consiguiente reproducción de las mismas para desembocar en idéntico resultado."

IV.2.- En segundo término se alega que: *"Las resoluciones que se recurren son nulas por vulnerar el derecho fundamental a tener un procedimiento con todas las garantías, según establece el artículo 62.1.a), al tener el instructor del procedimiento que acuerda la propuesta de resolución que finalmente es aprobada y por la que fue recusado, sin que fuera atendida dicha recusación"* lo cual ha de ser rechazado, en primer lugar, porque ni hay, como luego se razonará, procedimiento sancionador ni hay, por tanto, instructor del mismo y, en segundo lugar, porque como acertadamente se dice por el Ayuntamiento demandado: *"El hecho de que el Director de la Oficina de Uso de Espacio Público al conferir el trámite de audiencia advierta expresamente de la posibilidad de inhabilitar a la actora durante dos ediciones de la ASTE NAGUSIA, no supone en modo alguno que la decisión última estuviese prefijada, sino que simplemente se limitó a consignar las consecuencias posibles del incumplimiento de las condiciones de la autorización, atendidos los preceptos de la Ordenanza Municipal."*

IV.3.- Se alega por la recurrente "Txori Barrote" Kultur Elkartea en tercer lugar la supuesta infracción del artículo 25 de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la C.A.P.V. bajo la reiterada alegación de que: *"Las resoluciones que se recurren son nulas de pleno derecho por haber sido dictadas prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, según establece el artículo 62.1.e) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común"* sin embargo ello debe ser rechazado sobre la base de la consideración de que en el expediente sometido a la revisión de este magistrado no ha sido apreciada la existencia de ningún ilícito penal sin perjuicio obviamente de que algún Juzgado Central de Instrucción haya abierto diligencias por los mismos hechos algo que, en contra de lo que alega "Txori Barrote" Kultur Elkartea, no es tan público ni tan notorio, al menos no lo es para este magistrado y, por tanto, no puede dar aplicación a la dispensa del apartado 4 del artículo 281 de la L.E. Civil.

IV.4.- Ahondando en la falta de transcendencia anulatoria de dichos motivos debe igualmente mencionarse la doctrina contenida, entre muchas otras, en la sentencia de 18 de marzo de 2002 de la Sala III sección 3ª del T.S. según la cual *"los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de garantías. La indefensión material, que no surge de una sola omisión de cualquier trámite. De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir una limitación de los medios de*

alegación, prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses... Por tanto, la sentencia recurrida no ha infringido los artículos 84.2 y 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo, denunciada, respectivamente, en los motivos primero y segundo de este recurso de casación. Si el actor nada alega sobre la trascendencia que, en el caso en concreto y en punto a la efectividad de sus medios de defensa, haya tenido aquella omisión del trámite, no cabe tener por cierto que ésta haya dado lugar a una indefensión real y efectiva, ni cabe ligar a ella el efecto anulatorio pretendido".

De igual manera, se pronuncian las sentencias de la sección 7ª de 11 de abril de 2002 de la sección 6ª de 24 de junio de 2003 y así nos dice esta última que: "... partimos de que el concepto de indefensión, desde el punto de vista constitucional reviste una doble dimensión, por cuanto que a una indefensión formal con el menoscabo del derecho de defensa se une también una indefensión real y material que lleva como consecuencia que no toda infracción y vulneración de normas procesales consiguen una indefensión en sentido jurídico constitucional, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional (sentencias números 118/83, 48/86, 102/87, 155/88, 43/89 y 145/90)".

Y, en el mismo sentido se pronuncia la de la sección 5ª de aquella Sala de 21 de junio de 2001.

IV.5.- En resumen, ha de concluirse que, en el supuesto enjuiciado, en el examen del expediente administrativo no aparece que se haya producido indefensión ya que la parte recurrente ha gozado de oportunidades mas que suficientes para formular alegaciones y proponer medios de prueba sin perjuicio además de la fase de recurso administrativo y del presente contencioso-administrativo por lo que tampoco puede dejar de considerarse finalmente la sentencia nº 736/2006 de 26 de diciembre, pronunciada por la sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del T.S.J. del País Vasco en su recurso nº 2496/2001 en la cual las alegaciones de nulidad de pleno Derecho por indefensión formuladas por la parte recurrente son desestimadas por haber tenido la posibilidad de defenderse y practicar prueba durante el procedimiento administrativo como también, por último, la Sentencia de 28 de febrero de 2002 de la Audiencia Nacional en la que se afirma que "...procede señalar, con carácter general, que en relación con las irregularidades denunciadas, la doctrina jurisprudencial tiene declarado que: "Procede recordar que, como ha tenido ocasión de declarar esta Sala, refiriéndose a la alegación de posibles irregularidades en la tramitación de expedientes administrativos: que, en principio, la comisión de la existencia de las mismas no ha de ser suficiente para proceder a anular el acto administrativo si no se ha producido

indefensión del afectado(S 6 may. 1987); que la omisión de un trámite, por muy importante que sea, no es bastante para declarar la nulidad de pleno Derecho del acto ya que el artículo 47.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo exige para ello que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (S 14 Jul. 1987). (STS. Sala 3ª, de 23 May. 1989). "Los defectos formales solo pueden provocar la anulación cuando se aprecia la existencia de indefensión". (STS. Sala 4ª, de 1 Juli. 1986). Por tanto, para que el defecto o irregularidad procedimental tenga incidencia o eficacia anulatoria, debe estar ligada a la situación de indefensión del interesado, de forma que no haya podido hacer valer sus alegaciones ante la Administración".

IV.6.- Concretamente además y tratándose de recursos administrativos, el Tribunal Supremo (Sala 3ª, sección 7ª) en las sentencias de 17 y 18 de mayo de 2004 pronunciadas en los recursos de casación nº 139/1999 y 148/1999 dice que:

"El motivo del recurso no puede prosperar, porque si bien es cierto que antes de dictarse la Resolución del Director General de Correos y Telégrafos de 7 de abril de 1994 no se dio trámite de audiencia a la sociedad recurrente, este defecto quedó subsanado por la Interposición del recurso de reposición, en que la entidad interesada tuvo ocasión de manifestar cuanto estimó conveniente a la defensa de su derecho.

Los defectos formales solo producen la anulabilidad cuando el acto no puede alcanzar su fin (supuesto que aquí no tiene lugar) o producen indefensión a los interesados (artículo 63.2 de la Ley 30/1992).

En el caso de autos, la sociedad concesionario pudo defenderse, y de hecho se defendió, sin limitación alguna, al formular el recurso de reposición, que fue resuelto por la Administración mediante acuerdo de 20 de junio de 1995 y este Sala ha declarado que en aquellos casos en el que el demandante pudo combatir el acto en el recurso de reposición, sería inútil retrotraer las actuaciones para que se diese un nuevo trámite de audiencia, siendo así que las alegaciones que pudiera formular el interesado ya fueron expuestas en el recurso administrativo, por lo que la retroacción de actuaciones supondría una repetición innecesaria (sentencia de 12 de diciembre de 1995), repetición -debemos añadir- contraria a un principio elemental de economía procesal.

En suma, la empresa recurrente tuvo ocasión de exponer en la vía administrativa cuanto a su derecho convenía -y así lo hizo- mediante la formulación del recurso de reposición, que fue decidido por la Administración, por lo que no puede alegar indefensión, ni falta de audiencia