

JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 5 DE GRANADA

Procedimiento: Procedimiento Ordinario nº 458/2013- Neg: 2

SENTENCIA Nº 268 /2014

En Granada, a 11 de septiembre de dos mil catorce.

Vistos por la D. Raúl Muñoz Pérez, Magistrado en funciones de refuerzo del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Granada, los presentes autos de procedimiento ordinario, sobre ---urbanismo, seguidos con el número 458 del año 2013, a instancia de CONVERGENCIA ANDALUZA, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Josefina López Marín Pérez y asistido por el Letrado D. Miguel Ángel López Ligeró frente al Excmo. Ayuntamiento de Almuñécar, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Irene Ollero Robles y asistida por el Letrado D. Rafael Revelles Suárez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Procuradora D^a. Josefina López Marín Pérez, en la representación indicada, mediante escrito de fecha de entrada en este Juzgado de fecha 30 de octubre de 2013 interpuso escrito anunciando el recurso con fecha de 22 de junio de 2010, se reclamó el expediente administrativo a la Administración demandada. Recibido dicho expediente, se entregó a la demandante para que plazo de veinte días formalizara la demanda y así lo verificó mediante escrito presentado en fecha 12 de febrero de 2012 que obra unido a autos, dirigiendo su recurso contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Almuñécar celebrada en fecha 27 de agosto de 2013 en cuyo punto nº 6 Informes Varios, apartado 5, se acuerda: *“La ejecución de la fianza depositada y la imposibilidad de solicitar caseta en la próxima feria, con la salvedad que concurran circunstancias excepcionales que será apreciada por el área de fiestas del Ayuntamiento de Almuñécar que permita concederla el año próximo”*.

Admitida la demanda se ordenó traslado de copia a la Administración demandada, así como del expediente, presentándose en fecha 4 de abril de 2014 por el Excmo. Ayuntamiento de Almuñécar escrito de contestación a la demanda, que de igual forma obra unido a las actuaciones.

Acordado que fue el recibimiento del pleito a prueba, a instancia de ambas partes, mediante auto dictado al efecto, se practicaron aquellas que fueron declaradas pertinentes cuyo resultado obra en autos y aquí se da por reproducido. Por las partes se formularon conclusiones y por diligencia de fecha 30 de julio de 2014 quedaron los autos vistos para sentencia.

Segundo.- En la tramitación del presente recurso, se han observado las prescripciones legales esenciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Basa el recurso la formación política recurrente en los siguientes motivos: 1) la omisión del trámite de audiencia, 2) la vulneración del derecho constitucional a la libertad de expresión, y, 3) existencia de desviación de poder.

Antes de entrar en el análisis del presente recurso es necesario citar los apartados del Pliego de Condiciones para la Adjudicación de Casetas en el Recinto Ferial para las Fiestas de Agosto de 2013 relevantes para su resolución. En el citado Pliego en el apartado "Zonificación" (folio 7 del expediente administrativo) puede leerse en su segundo párrafo:

"Las casetas se compondrán de un máximo de dos (2) módulos. Si a la vista de las solicitudes presentadas y realizadas las adjudicaciones, quedase algún módulo sobrante, se podrá optar a módulos opcionales entre aquellos que lo hayan solicitado".

En el apartado "Replanteo, Montaje, Desmontaje de las Casetas", en su cuarto párrafo (folio 6 del expediente administrativo) dispone:

"En ningún momento podrán aparecer leyendas que atenten o sean alusivas al honor contra las personas o instituciones, así como mensajes que fomenten el racismo o la xenofobia".

Finalmente con arreglo al punto 4 del apartado "Otras condiciones":

"Si con posterioridad a la obtención del permiso de apertura se incumple con algún requisito del presente pliego, ello supondrá la ejecución de la fianza depositada además de la sanción que corresponda y la imposibilidad de solicitar caseta en la próxima feria. Salvo que concurren circunstancias excepcionales que será apreciadas por el área de fiestas del Ayuntamiento de Almuñécar"

De cuanto se acaba de exponer la primera conclusión que debe extraerse es que la medida recurrida no se incardina dentro del ámbito del procedimiento administrativo sancionador. Nos encontramos ante una medida que es consecuencia del incumplimiento de las condiciones para la obtención de una licencia, que se acuerda sin perjuicio de las sanciones que pueda imponer la administración.

Aunque lo anterior determina que no resultan de aplicación los principios propios del procedimiento sancionador, ello no quiere decir que no rija el trámite de audiencia en este tipo de procedimientos por incumplimiento de los pliegos, como nos recuerda *contrario sensu* la STSJA (sede Granada) de 15 de julio de 2013 (rec. 242/2007, FJ 3) que alude a la importancia del trámite de audiencia en los procedimientos administrativos no sancionadores:

"(…) Ante la falta de naturaleza sancionadora del procedimiento administrativo que nos ocupa, no podemos decir que se hayan infringido los principios invocados por el recurrente, ni que se le haya generado indefensión por la supuesta omisión del trámite de audiencia, que tal como se aprecia en el expediente administrativo, se verificó con la notificación de la propuesta de revocación de la licencia y la realización de alegaciones por su parte. (…)"

En términos más amplios la cuestión es analizada por la STSJ de Castilla-León (sede Valladolid) de 3 de mayo de 2013 (rec. 894/2008, FJ 2):

"(…) Respecto a este trámite ha expresado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencia de 20 de marzo de 1992 que:

"La Administración, ha de dictar sus resoluciones con imparcialidad y objetividad. Por ello, en la elaboración de sus actos debe observar, cuanto proceda - art . 105.c) de la Constitución - el trámite esencial de audiencia del interesado; por su

parte el art. 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo manda que en el expediente administrativo se dé vista al interesado antes de la propuesta de resolución. Del trámite de audiencia puede prescindir la Administración cuando no figuren en el expediente ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado (art. 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Al poner en relación dichos preceptos -el art. 105,c) de la Constitución y el art. 91 de la LPA-, debe concluirse que el trámite de audiencia, que desde luego es trámite importante y es garantía del administrado, no debe ser aplicado en términos absolutos e indiferenciados a todos los actos administrativos: teniendo en cuenta que el citado artículo de la Constitución garantiza dicho trámite cuando proceda, es necesario atenerse a la naturaleza y alcance de los actos administrativos. El trámite de audiencia, mira a la completa y eficaz defensa del interesado (art. 24 de la Constitución), lo que exige que cuando se invoque la falta de audiencia, se examine y pondere el contenido del expediente en función de los preceptos constitucionales citados y el también citado art. 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo, a los fines de que no se substraiga al interesado ningún dato que deba conocer".

La sentencia de 16 de mayo de 1997, aun referida a la omisión del trámite de información pública, contiene una doctrina que puede ser de aplicación al supuesto analizado al expresar:

"Así pues, la parte apelante tuvo posibilidad no sólo de formular alegaciones sino que tuvo también la oportunidad de presentar documentos, consignar datos y aportar pruebas a través de los distintos escritos y recursos presentados, razón por la que no puede afirmarse que se encontrase en situación de indefensión, al haber disfrutado de posibilidades de conocimiento y defensa de eficacia equivalente a la que se puede derivar de la notificación individual, lo que permite aplicar el criterio jurisprudencial de relativización de los vicios de forma expresada en el anterior art. 48.2 LPA (SSTS 18 mayo 1977, 22 abril y 3 mayo 1980 y, 7 octubre 1981 y 18 marzo 1987, sin que se trate, como se indica en las alegaciones del apelante, de acudir al precepto de un reglamento nulo, el art. 44, que permita, frente al art. 79 LPA, sustituir la notificación por la publicación de los actos cuando tienen destinatarios determinados".

La sentencia de 22 de septiembre de 2004 abunda en términos similares, pues tras partir del carácter esencial del trámite que nos ocupa, expresa que ello es a condición de que el interesado:

"... no haya tenido ocasión de conocer el alcance de la resolución que le afectaba, ni de exponer con carácter previo a su adopción las razones de que se cree asistido para que esa resolución no tenga lugar"

De conformidad con ello ha de decirse que en el presente caso las alegaciones de la actora no pueden ser estimadas, pues si ciertamente debe adoptarse la resolución final con posterioridad a todas las actuaciones e informes, y previo el trámite de audiencia prevenido en el citado artículo 84 de la Ley 30/1992, no puede entenderse que en este caso haya existido indefensión material en sentido material en cuanto que si bien no se ha notificado formalmente la propuesta de resolución, si se ha efectuado la comunicación de acuerdos a la entidad recurrente, de lo que se puede desprender que la misma tuvo conocimiento de los hechos de los que ha derivado la consecuencia de pérdida de la subvención que es objeto de enjuiciamiento en esta "litis", y así obra al doc. 20 del expediente administrativo -folios 480 y siguientes- el acuerdo del Coordinador de Servicios de Ayudas a la Transformación e Intervención, en el se comunican determinados hechos a la recurrente y se le requiere para la aportación de datos. En dicho documento se alude expresamente a la existencia de vinculación de la entidad recurrente con otras entidades, lo que ha sido la "ratio decidendi" fundamental de la resolución recurrida, refiriéndose a la necesidad del cumplimiento de las obligaciones expresadas en los artículos 10 y 18 de la Orden AYG/641/2006, de 18 de abril. Al atender este requerimiento ya la Directora General de la entidad actora efectuó determinadas alegaciones sobre la vinculación de las empresas que se le imputaba, lo que corrobora que tuvo conocimiento de esta cuestión y que por tanto no se le generó indefensión, ya que como decimos tuvo conocimiento de las actuaciones practicadas y efectivamente efectuó alegaciones frente a las mismas, máxime si consideramos que el recurso de alzada vino a permitir efectuar todas aquellas alegaciones que fueron relevantes en defensa de sus derechos, subsanándose así posibles omisiones previas

Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo la indefensión ha de ser material, no meramente formal, no existiendo la misma si pese a la omisión del trámite el interesado ha tenido oportunidad de efectuar las alegaciones pertinentes, al interponer los recursos en vía administrativa o incluso jurisdiccional. Puede en este sentido citarse la sentencia de 17 abril 2000, que atiende a la necesidad de existencia de indefensión real y efectiva; la de 4 diciembre 2003 en atención a la circunstancia de que "la entidad recurrente, ha hecho, en la vía administrativa, al interponer el recurso ordinario y en esta jurisdiccional, todas las alegaciones que sobre el fondo del asunto ha tenido por conveniente" y la de 13 octubre 2000 de cuyas consideraciones ha de reproducirse lo siguiente:

"La falta de audiencia (cierta en este caso) constituye un vicio formal, pues es la omisión de un trámite procedimental. Como tal, sus efectos están regulados en el artículo 63.2 de la Ley 30/1992, como causa de anulabilidad de los actos administrativos (y no en el artículo 62.1 e), ya que la mera falta de ese trámite no constituye, se mire por donde se mire, una ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, que constituye una causa de nulidad de pleno derecho.

Según el artículo 63.2, para que el defecto de forma acarree la invalidez del acto es necesario, por lo que aquí importa, que el vicio produzca una indefensión al interesado.

Por eso el interesado a quien no se ha oído no puede impugnar el acto alegando sólo ese mero vicio formal (como aquí ocurre) sino que tiene que poner de manifiesto que por esa causa ha sufrido indefensión, es decir, una disminución de sus posibilidades de alegación y prueba. Esa disminución significa que al no serle concedida audiencia en su momento, ha perdido irremisiblemente, por la razón que sea, todas o algunas de esas posibilidades, de suerte que más tarde no podrá utilizarlas. En tal caso se ha producido una indefensión que es causa de anulación del acto administrativo. En otro caso, es decir, si a pesar de la falta de audiencia las posibilidades de alegación y prueba siguen intactas, el vicio formal no ha producido indefensión y constituye un mero vicio de forma no invalidante.

En el presente caso, tanto en vía administrativa (recurso de reposición) como en vía judicial (demanda y conclusiones) el interesado se ha limitado a esgrimir la falta de audiencia, pero sin ni siquiera alegar que ello le haya producido una indefensión sustancial y menos especificar qué alegaciones o pruebas hubiera podido hacer entonces que no haya podido utilizar después.

Como el actor no ha hecho alegación sobre este dato capital, hemos de concluir que la falta de audiencia constituye en este caso concreto (por la circunstancia que después diremos) un mero defecto no invalidante (artículo 63.2 de la Ley 30/1992), siendo de responsabilidad suya la no utilización posterior de las alegaciones y pruebas oportunas, que han estado plenamente a su disposición".

Segundo.- El examen del expediente administrativo muestra que a la formación recurrente no se le notificó ni la incoación del procedimiento, ni el informe del Jefe de Rentas, ni se le permitió hacer alegaciones ni proponer prueba. Es evidente, por tanto, que se le causó indefensión, si bien es cierto que la misma dispuso al menos de la posibilidad de recurrir en reposición la resolución dictada por el Ayuntamiento demandado, recurso en el que podría haber hecho valer sus alegaciones y solicitar la admisión de pruebas –dado que era el primer trámite que se le notificaba- razón por la cual habrá de dilucidarse si estamos ante un supuesto de indefensión material o de indefensión meramente formal.

En el ámbito del procedimiento administrativo sancionador no hay duda de que todas las omisiones antes indicadas darían lugar a la nulidad del pleno derecho del expediente por la vía del art. 62.1 a) y e) de la LRJPAC. Es más dichas omisiones, cuando se trata de procedimientos sancionadores, no pueden sanarse en sede judicial como declara la STC nº 70/2008, de 23 de junio (FJ 7):

"SÉPTIMO.- Recordábamos en la citada STC 175/2007, de 23 de julio, que "debe advertirse que, al haberse producido una efectiva vulneración del derecho de defensa durante la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador, tal vulneración no podía ser sanada en la vía contencioso-administrativa, pues, como señala la STC 59/2004, de 19 de abril (FJ 3), "el posterior proceso contencioso-administrativo no puede servir nunca para remediar las posibles lesiones de garantías constitucionales causadas por la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora". Ello es así, entre otras razones, porque como recuerda la STC 89/1995, de 6 de junio (FJ 4), y subrayan a su vez las SSTC 7/1998, de 13 de enero (FJ 6), y 59/2004, de 19 de abril (FJ 3), no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el ius puniendi del Estado, sino un proceso contencioso-administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción. En consecuencia, no es posible concluir que sean los Tribunales contencioso-administrativos los que, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, "condenen" al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución (...)".

No ocurre necesariamente lo mismo en un procedimiento, como el que nos ocupa, que declara el mero incumplimiento de las condiciones exigidas para la concesión de una licencia.

Por otra parte, tanto la recurrente, Convergencia Andaluza, como el Ayuntamiento demandado ya han tenido ocasión de desarrollar sus argumentos sin que pueda llegarse a la conclusión de que de haber conocido la demandada los argumentos de la demanda su decisión hubiese variado.

Téngase en cuenta que la demandada se basa, entre otros motivos, en el carácter no lesivo para el honor de la pancarta desplegada en la caseta de la recurrente, en la que se sustituyó el término "roba" –aplicado a la Alcaldesa de

Almuñécar- por la palabra *"censura"*.

Por tanto, ni la actora quiso someter la cuestión al Ayuntamiento demandado a través del recurso de reposición, ni consta que dicho Ayuntamiento hubiera modificado su decisión de haber estado redactado en los términos que consta redactada la demanda. Declarar la nulidad del expediente únicamente serviría para que se reiterara en vía administrativa el debate que ya ha tenido lugar en sede judicial, cuando además a través del recurso contencioso-administrativo, dado el carácter no sancionador del expediente, sin pueden sanarse los vicios del expediente administrativo.

Tercero.- Sentado lo anterior queda por dilucidar si el contenido de las pancartas colocadas por la actora en su caseta atentaban o eran *"alusivas al honor contra las personas o instituciones"*.

Como se expuso en el primer fundamento de esta sentencia con arreglo a lo dispuesto en el apartado *"Replanteo, Montaje, Desmontaje de las Casetas"*, en su cuarto párrafo (folio 6 del expediente administrativo):

"En ningún momento podrán aparecer leyendas que atenten o sean alusivas al honor contra las personas o instituciones, así como mensajes que fomenten el racismo o la xenofobia".

En definitiva, lo relevante para la resolución del presente recurso no es tanto quien llevaba razón en la cuestión de fondo planteada -no obstante lo cual se hará una breve a la misma más adelante- sino si las palabras escogidas por Convergencia Andaluza para mostrar su desacuerdo con la actuación municipal constituían un incumplimiento de las condiciones del Pliego, que prohibían leyendas atentatorias o alusivas al honor de las personas o instituciones.

Partiendo de lo anterior, resulta indudable que entre las distintas opciones que tenía la recurrente para redactar la pancarta las expresiones finalmente escogidas para protestar contra la no concesión de los dos módulos eran objetivamente lesivas para el honor de la Alcaldesa de Almuñécar, puesto que su conducta quedaba asociada a los verbos *"robar"* y *"censurar"*.

Para apreciar el valor intrínsecamente ofensivo de los verbos empleados basta acudir a las definiciones recogidas en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Con arreglo al mismo *"robar"* significa: *"Quitar o tomar para sí con violencia o con fuerza lo ajeno"* o *"Tomar para sí lo ajeno, o hurtar de cualquier modo que sea"*. Por su parte *"censurar"* en la acepción que mejor encaja con el contexto en la que apareció, significa literalmente: *"Dicho del censor oficial o de otra clase: Ejercer su función; imponer, en calidad de tal, supresiones o cambios"*.

En conclusión se atribuía la privación de los dos módulos solicitados por la recurrente a una conducta de la Alcaldesa arbitraria y contraria a derecho (robar) y motivada además por una finalidad política ilegítima, sino delictiva, cual es, la censura de uno de los partidos de la oposición.

En conclusión la actora incurrió en incumplimiento de las condiciones establecidas en el Pliego, que prohibía este tipo de mensajes en unas Casetas de Feria que no puede olvidarse que se instalan con motivo de la celebración de las Fiestas Patronales de Almuñécar, lugar y ocasión que parece la más propicia para dejar de lado las pugnas de carácter político entre partidos, o cuando menos para eludir mensajes ofensivos o agresivos en relación a otros partidos o instituciones.

Con respecto a la cuestión que subyace bajo la que es objeto de este

recurso, debe partirse de que de acuerdo con lo regulado en el Pliego, todas las casetas contarían en principio con dos módulos, y una vez realizadas las adjudicaciones los adjudicatarios podrían optar a módulos adicionales.

Consta que la actora indicó ya en su solicitud inicial (folio 1 del expediente administrativo) que interesaba la concesión de cuatro módulos, como en otros años, pero no consta que tras el reparto de los módulos en la forma que describe el Pliego solicitara la adjudicación de los dos módulos adicionales pretendidos. Es cierto que el Ayuntamiento demandado podría haber interpretado dicha petición inicial como la solicitud de los dos módulos legalmente previstos y de otros dos adicionales tras las adjudicaciones. Ahora bien, tras la concesión de los dos módulos legalmente previstos, no consta que Convergencia Andaluza formulara recurso alguno en vía administrativa, o posteriormente en sede judicial, dejando dicha decisión firme y consentida.

En definitiva por lo expuesto anteriormente, el recurso debe desestimarse confirmándose el incumplimiento declarado, sin perjuicio de que habrá sido con motivo de la solicitud para el año 2014 la instalación de las casetas del próximo año cuando deberá resolverse sobre la prohibición impuesta a la actora de que instale su caseta.

Cuarto.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, al desestimarse el recurso procede hacer expresa imposición de costas a la actora.

Quinto.- Las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, son susceptibles de Recurso de Apelación, con las excepciones de las letras a) y b) del Apartado 1 del art. 81 de la LJCA. En el proceso que nos ocupa, fijada la cuantía como indeterminada contra la presente sentencia cabe recurso de apelación.

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

FALLO

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo formulado por CONVERGENCIA ANDALUZA frente al Excmo. Ayuntamiento de Almuñécar contra la resolución referidas en el primer antecedente de hecho de esta sentencia.

Procede imponer las costas a la parte actora.

Notifíquese la presente resolución a las partes. Contra esta sentencia cabe recurso de apelación, que se interpondrá ante este Juzgado en plazo de quince días, a contar desde la notificación de la presente, correspondiendo su resolución a la Ilma. Sala de Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla (sede Granada), previa consignación del importe de 50,00 euros en la cuenta de consignaciones de este Juzgado 4376/0000/93/0458/13 en BANESTO, haciendo constar "recurso de apelación".

Llévese certificación literal de ésta sentencia a los autos originales y el

original al Libro de su clase. Firme que sea, remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al correspondiente órgano administrativo.

E/ Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Ilmo. Sr. Magistrado de este Juzgado, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.

“En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)”.