



JDO. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 2
c/ San Roque, 4 - 5ª Planta
Pamplona/Iruña
Teléfono: 848.42.42.67
Fax.: 848.42.42.75
PA008

Sección: D
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**
Nº Procedimiento: **0000262/2015**

NIG: 3120145320150000794
Materia: Otros actos de la Admon.
Local no incluidos en los apartados anteriores
Resolución: Sentencia 000037/2016

S E N T E N C I A Nº 000037/2016

En Pamplona/Iruña, a 01 de marzo del 2016.

El Ilmo. Sr. D. ANTONIO SANCHEZ IBAÑEZ, Magistrado-Juez del Jdo. Contencioso-Administrativo Nº 2 de Pamplona/Iruña y su Partido, ha visto los autos de Procedimiento Ordinario nº 0000262/2015, promovido por el GOBIERNO DE ESPAÑA representado y defendido por el ABOGADO DEL ESTADO, contra el AYUNTAMIENTO DE OTEIZA, representado y defendido por el Procurador D. MIGUEL GONZÁLEZ OTEIZA, y defendido por la Letrado Dña. M^a CRISTINA VIÑA OLORON.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17/09/2015, se presentó en el Juzgado Decano de los de Pamplona, escrito de interposición de Recurso Contencioso-Administrativo por el ABOGADO DEL ESTADO, en nombre y representación del GOBIERNO DE ESPAÑA, contra el acto consistente en hacer ondear en el exterior de la Casa Consistorial de Oteiza la bandera de la Comunidad Autónoma del País Vasco durante el chupinazo de las fiestas patronales celebradas, con base en el Acuerdo municipal de dos de julio de 2.015, que también se impugna, la Abogacía del Estado entiende que se vulneran los artículos 9.1 y 103.3 de la vigente Constitución Española de 27 de diciembre de 1.978; y que por el turno de reparto ha correspondido al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Pamplona.

SEGUNDO.- Por Decreto de fecha 17 de Septiembre de 2015, se admitió a trámite la demanda, acordándose tramitar la misma conforme a las normas contenidas en el procedimiento Ordinario.

TERCERO.- En el presente procedimiento se ha seguido el trámite legalmente establecido quedando los autos una vez conclusos en poder de S.S^a para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la parte actora el acto consistente en hacer ondear en el exterior de la Casa Consistorial de Oteiza la bandera de la Comunidad Autónoma del País Vasco durante el chupinazo de las fiestas patronales celebradas en agosto de 2015, con base en el Acuerdo municipal de dos de julio de 2.015, que también se impugna. En concreto, la Abogacía del Estado entiende que se vulneran los artículos 9.1 y 103.3 de la vigente Constitución Española de 27 de diciembre de 1.978 en primer lugar y, como reflejo normativo el artículo 25 de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo y 65.3 de la Ley 7/1.985, de dos de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que permite a la Administración del Estado impugnar directamente los actos o acuerdos de las entidades locales que infrinjan el ordenamiento jurídico ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin necesidad de previo requerimiento. También entiende incumplida por parte del Ayuntamiento recurrido el artículo cuatro de la Constitución Española en relación con la Ley 30/1.981, de 28 de octubre, por la que se regula el Uso de la Bandera de España y el de otras Banderas y Enseñas y de la Ley Foral 24/2.003, de cuatro de abril, de Símbolos de Navarra, que impiden la exhibición de bandera distinta a las allí recogidas, es decir, española, Navarra, local y de la Unión Europea, por cuanto la excepción prevista en el artículo ocho, apartado tres de la Ley Foral 24/2.003 no es de aplicación al caso, puesto que no nos encontramos ante una visita oficial, la personalidad invitada (Parlamentario vasco) no tiene rango de autoridad y no representa a la Comunidad Autónoma del País Vasco y, a mayores razones, dicha invitación sería constitutiva de un fraude de ley al haberse producido para justificar el izado de la bandera oficial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por lo que sería de aplicación el artículo 6.4 del Código Civil, señalando que el propio Acuerdo antes mencionado dice “instar al alcalde a invitar a alguna autoridad (...) con el único objetivo de que ondee, con las demás banderas la Ikurriña.”

Frente a dichas alegaciones, se opuso la representación técnica del Ayuntamiento de Oteiza, con base en los hechos y fundamentos de derecho expuestos en su escrito de contestación a la demanda al que nos remitimos en evitación de repeticiones superfluas.

SEGUNDO.- Centrada de esta manera la cuestión litigiosa, en cuanto a la falta de legitimación activa de la Abogacía del Estado y la necesidad de previo requerimiento, el artículo 65 de la Ley 7/1.985 exime al Estado de formular tal requerimiento 1. Cuando la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas considere, en el ámbito de las respectivas competencias, que un acto o acuerdo de alguna Entidad local infringe el ordenamiento jurídico, podrá requerirla, invocando expresamente el presente artículo, para que anule dicho acto en el plazo máximo de un mes.

2. El requerimiento deberá ser motivado y expresar la normativa que se estime vulnerada. Se formulará en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo.

3. La Administración del Estado o, en su caso, la de la Comunidad Autónoma, podrá impugnar el acto o acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa dentro del plazo señalado para la interposición del recurso de tal naturaleza señalado en la Ley Reguladora de dicha Jurisdicción, contado desde el día siguiente a aquel en que venza el requerimiento dirigido a la Entidad local, o al de la recepción de la comunicación de la misma rechazando el requerimiento, si se produce dentro del plazo señalado para ello.

4. La Administración del Estado o, en su caso, la de la Comunidad Autónoma, podrá también impugnar directamente el acto o acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin necesidad de formular requerimiento, en el plazo señalado en la Ley Reguladora de dicha Jurisdicción.” Vemos que el párrafo primero está recogiendo una opción para la administración estatal y el último recoge la posibilidad de impugnar directamente el acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa sin circunscribir dicho ordenamiento jurídico al orden autonómico o local. En cuanto a la condición de Ley Foral y la incompetencia del Estado para actuar frente a sus posibles vulneraciones, hemos de tener en cuenta, además, que forma parte del ordenamiento jurídico español, así la autonomía no supone soberanía, sino la facultad de la comunidad autónoma de legislar. Su legitimidad viene dada de forma inmediata por el Estatuto de Autonomía que, como norma con rango de Ley Orgánica la recibe a su vez de la Constitución y lo cierto, además, es que la Ley Foral 24/2.003 limita la necesidad de requerimiento previo a la administración foral, no a la estatal. Además, la acción para impugnar dichos actos es pública, y así lo dice claramente el artículo cuatro, apartado 1º, que establece; “Serán nulos de pleno Derecho los actos y las resoluciones de cualquier corporación o autoridad que contradigan lo dispuesto en esta Ley Foral. Será pública la acción para su impugnación y el Gobierno de Navarra podrá proceder a su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, previo requerimiento, en las condiciones establecidas por la legislación de régimen local.”

TERCERO.- En cuanto al fondo del asunto, comenzando por valorar la existencia de vía de hecho, de forma genérica para asuntos de esta naturaleza, es decir, la exhibición de banderas ajenas a la Comunidad Foral de Navarra, traeremos aquí a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo sección 1 del 28 de noviembre de 2013 (ROJ: **STSJ NA 1335/2013** CLI:ES: TSJNA:2013:1335) Sentencia: 1008/2013 | Recurso: 246/2013 | Ponente: Ilmo. Sr. D. IGNACIO MERINO ZALBA, fundamento de derecho cuarto “(...) *Ya esta Sala de lo Contencioso Administrativo, ha tenido ocasión de resolver un caso idéntico, en sentencia de 28 de diciembre de 2012 dictada en el Recurso Contencioso Administrativo 720/2012 , en aquél caso el Ayuntamiento interpelado era el Ayuntamiento de Bera, y la citada sentencia se pronunciaba en los siguientes términos:*

La mencionada Ley 39/1981, de 28 de Octubre, que regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas, en su artículo 3.1 establece que: "La bandera de España deberá ondear en el exterior y ocupar el lugar preferente en el interior de todos los edificios y establecimientos de la Administración central, institucional, autonómica provincial o insular y municipal del Estado.". El artículo 4 señala que: "En las Comunidades Autónomas, cuyos Estatutos reconozcan una bandera propia, ésta se utilizará juntamente con la bandera de España en todos los edificios públicos civiles del ámbito territorial de aquélla, en los términos de lo dispuesto en el artículo 6 de la presente Ley". El artículo 5 señala que: "Cuando los Ayuntamientos y Diputaciones o cualesquiera otras Corporaciones públicas utilicen sus propias banderas, lo harán junto a la bandera de España en los términos de lo establecido en el artículo siguiente.". El artículo 6 establece que:

1. Cuando se utilice la bandera de España ocupará siempre lugar destacado, visible y de honor.

2. Si junto a ella se utilizan otras banderas, la bandera de España ocupará lugar preeminente y de máximo honor y las restantes no podrán tener mayor tamaño. Se entenderá como lugar preeminente y de máximo honor: Cuando el número de banderas que ondeen juntas sea impar, la posición central.

Si el número de banderas que ondeen juntas es par, de las dos posiciones que ocupan el centro, la de la derecha de la presidencia si la hubiere o la izquierda del observador.

Los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos de esta Comunidad Foral se han pronunciado reiteradamente sobre esta materia, y lo han hecho en el único sentido posible, cual es el de la estricta observancia de la legislación vigente. La Sentencia del Juzgado nº 2, de forma acertada, menciona una sentencia de esta Sala de fecha 20 de Noviembre de 2008, en la que, entre otros aspectos, se señala que: "La vulneración de la norma no es menos flagrante y grave por el hecho de que no sea frontal sino indirecta, esto es, a través de argucias o artificios como los de alterar el ámbito material y la aplicación de las reglas con subversión de su finalidad. Fuera del tablero de juego -para que se entienda bien- no hay reglas de juego, sino transposición fraudulenta de las mismas. El régimen de exhibición de banderas recogido en la norma antes citada es un régimen taxativo: permitido hacer lo expresamente ordenado está prohibido hacer cosa distinta de ello."

CUARTO.- No obstante lo anterior, la administración recurrida alega la aplicación al caso del apartado tres del arriba transcrito artículo ocho de la Ley Foral de Símbolos, que dice; "3. Extraordinariamente, podrá acompañar a las otras citadas banderas, pero nunca colocarse en solitario, la representativa de otros Países, Comunidades Autónomas o entidades locales, cuando éste sea un acto de cortesía con autoridades de dicho País, Comunidad o entidad local invitadas oficialmente por la autoridad competente del territorio anfitrión y durante el periodo de su visita oficial, o en celebraciones ocasionales de hermanamiento entre entidades locales y por el tiempo de dicha celebración.", debiendo entenderse que el demostrativo "éste", hace referencia al acompañamiento de la bandera ajena a la administración local, en este caso la de la Comunidad Autónoma del País Vasco. La administración recurrente niega el carácter oficial de la

visita, en primer lugar y, en segundo, señala que se trataría en todo caso de un fraude de ley. Pues bien, constan en el expediente administrativo, a los folios 9 y siguientes, diversos “saludas” del Sr. Alcalde-Presidente de Oteiza con el siguiente tenor; “El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Oteiza Saluda a D. Julen Arzuaga y tiene el honor de invitarle a los actos festivos programados para el día 19 de agosto en honor a nuestro Patrono San Miguel, que a continuación se detallan:

11:45 h: Imposición de pañuelitos a los nacidos en 2.014.

12:00 h: Disparo del cohete.”, constando también la aceptación y participación de los parlamentarios en cuestión (folio 20 del expediente administrativo).

QUINTO.- En cuanto a la condición de autoridades y la representación de las invitadas, dispone el artículo 26 de la Ley Orgánica 3/1.979 de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco; “1. El Parlamento Vasco estará integrado por un número igual de representantes de cada Territorio Histórico elegidos por sufragio universal, libre, directo y secreto.”, por lo que es cierto que los parlamentarios vascos en ningún caso, salvo delegación por parte del presidente del Gobierno Vasco, que según el artículo 33 del mismo texto “2. (...) designa y separa los Consejeros del Gobierno, dirige su acción, ostentando a la vez la más alta representación del País Vasco y la ordinaria del Estado en este territorio.” tengan la representación de dicha Comunidad Autónoma. Otra cosa es que, como representantes de los territorios históricos por los que han sido elegidos y vistas las competencias que ejercen, contenidas tanto en el texto normativo, como en el Reglamento del Parlamento Vasco, artículos 10 y siguientes sean considerados autoridad pública. También hemos de considerar que consta al folio primero un certificado del Secretario del Ayuntamiento de Oteiza del acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Oteiza en sesión extraordinaria, en el que se decía “Con el único objetivo de que, como ha venido haciéndose en este pueblo desde 1977, todos los oteizanos se vean representados en el balcón de su Ayuntamiento durante las fiestas patronales, y en cumplimiento de la Ley Foral 24/2.003 (...) El Grupo municipal de Eh Bildu propone al pleno del Ayuntamiento el siguiente acuerdo:

1.- Instar al alcalde, como autoridad competente, a invita, de aquí en adelante para la celebración del Txupinazo de las fiestas patronales de mayo y de agosto, a alguna autoridad de la Comunidad Autónoma del País Vasco a algún representante de alguna entidad de dicha comunidad, con el único objetivo de que ondee, con las demás banderas, la ikurriña como la ha venido haciendo hasta ahora, y verse, de este modo, representados en el balcón de su Ayuntamiento todos los oteizanos.”. Consta también la aprobación unánime de dicha moción y su publicidad en prensa. Igualmente, hemos de valorar que la invitación cursada a los Parlamentarios se limitaba al acto de lanzamiento del cohete e imposición de pañuelitos a los nacidos en el año 2.014 y que se trata de un acto novedoso. Por una parte, el fin de la moción y de la invitación es claro y no es, desde luego, el del artículo 8.3, que bien claro es; agasajar a un representante de un lugar diverso al que se visita oficialmente. Solo por

ello, el recurso debería ser estimado. Pero es que, además, concurre la existencia de un fraude de ley, puesto que no se ha colocado la bandera de la Comunidad Autónoma del País Vasco porque hayan acudido personalidades procedentes de dicha comunidad, al contrario, se las ha invitado para dar cobertura a un acto que, sin ellas, sería contrario a derecho, como hemos transcrito arriba, porque la posibilidad de exhibir una bandera distinta de la española, la Navarra, la local y la de la Unión Europea es una excepción y, como tal, es de interpretación estricta y así se desprende con claridad no solo de su texto, que ya hemos transcrito, sino de la Exposición de Motivos de la repetida Ley Foral 24/2.003, donde el Legislador dijo “Cuando un pueblo tan consistente históricamente como el navarro se ve, aunque sea en mínima medida, afectado por el rechazo o la descalificación para mantenerse con firmeza como Comunidad singular, propia y diferenciada, ve sus símbolos como auténtica representación comunitaria y no puede consentir que se vean menoscabados por la intolerancia de quienes pretenden imponer otros símbolos, de otras identidades contrapuestas, que puedan pretender dar carácter oficial a lo que, en todo caso, sólo es una fórmula de alternativa comunitaria posible y no probable.”. De esta manera, es de aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 6.4 del Código Civil “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirá la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.”, en este caso los repetidos artículos ocho de la Ley Foral 24/2.003, de cuatro de abril, de Símbolos de Navarra que establece, “La bandera de Navarra deberá estar expuesta en lugar preferente, sin perjuicio de la preeminencia de la de España, en el exterior de todas las sedes administrativas y edificios de servicios de las Instituciones Forales y de las Corporaciones de derecho público en Navarra.” Y en el precepto siguiente el régimen de uso en la Administración Local de Navarra, disponiéndose “1. Todas las entidades que componen la Administración Local de Navarra están obligadas a exhibir la bandera de Navarra en el exterior de sus sedes y edificios destinados a los servicios públicos de su competencia y están también obligadas a colocar la bandera de Navarra en el interior de los despachos oficiales de sus autoridades y en el Salón de Plenos Corporativos, de forma permanente en el interior y, al menos, entre las 8 y las 20 horas de cada día, en el exterior. (...)

2. Ordinariamente, únicamente ondearán con la oficial de cada entidad local y en los edificios municipales, con exclusión de cualquier otra, la bandera oficial de Navarra, la de España en los términos establecidos en la Ley 39/1981, de 28 de octubre, y la de Europa cuando así se establezca formalmente.”, con las consecuencias previstas en el artículo cuatro del mismo texto legal y los artículos tres y siguientes de la Ley 39/1.981, que establecen “Uno. La bandera de España deberá ondear en el exterior y ocupar el lugar preferente en el interior de todos los edificios y establecimientos de la Administración central, institucional, autonómica, provincial o insular y municipal del Estado. (...); artículo cuarto “

- En las Comunidades Autónomas, cuyos Estatutos reconozcan una bandera propia, ésta se utilizará juntamente con la bandera de España en todos los

edificios públicos civiles del ámbito territorial de aquélla, en los términos de lo dispuesto en el artículo sexto de la presente ley.”; artículo quinto; “

- Cuando los Ayuntamientos y Diputaciones o cualesquiera otras Corporaciones públicas utilicen sus propias banderas, lo harán junto a la bandera de España en los términos de lo establecido en el artículo siguiente.” Y artículo sexto; “

- Uno. Cuando se utilice la bandera de España ocupará siempre lugar destacado, visible y de honor.

Dos. Si junto a ella se utilizan otras banderas, la bandera de España ocupará lugar preeminente y de máximo honor y las restantes no podrán tener mayor tamaño.

Se entenderá como lugar preeminente y de máximo honor:

a) Cuando el número de banderas que ondeen juntas sea impar, la posición central.

b) Si el número de banderas que ondeen juntas es par, de las dos posiciones que ocupan el centro, la de la derecha de la presidencia si la hubiere o la izquierda del observador.” Vemos que esta normativa excluye la presencia de otras banderas que las señaladas, debiéndose insistir, como hizo en su día la Sala de lo Contencioso-Administrativo que hemos citado y transcrito más arriba, que la vulneración del ordenamiento jurídico no pierde su carácter por hacerse de forma subrepticia, empleando una norma de cobertura para alcanzar lo que dicho ordenamiento proscribiera. Por todo ello, se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la actuación material del Ayuntamiento de Oteiza de colocar en la fachada de la Casa Consistorial la bandera oficial de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

SEXTO.- En aplicación de lo prescrito por el artículo 139 de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que establece “1. En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”, se impone a la administración recurrida el pago de las costas devengadas en la presente instancia.

Vistos los preceptos jurídicos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

1º) Estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la vía de hecho consistente en la exhibición de la bandera de la Comunidad Autónoma del País Vasco en la fachada de la Casa Consistorial del Ayuntamiento de Oteiza.

2º) Se impone a la administración recurrida el pago de las costas causadas en esta instancia.

Esta resolución no es firme y contra la misma cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que se podrá interponer ante este Juzgado en el plazo de quince días a contar desde su notificación.

Así por esta mi Sentencia, de la que se unirá certificación a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha; doy fe.