



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

c/ San Roque, 4 -5ª Planta

Pamplona/Iruña

Teléfono: 848.42.40.73

Fax.: 848.42.40.07

AP050

Procedimiento Ordinario 0000264/2015 - 00

Jdo. Contencioso-Administrativo Nº 3 de Pamplona/Iruña

Procedimiento: **RECURSO DE APELACIÓN**

Nº Procedimiento: 0000218/2016

Materia: **Otros actos de la Admon. Local no incluidos en los apartados anteriores**

NIG: 3120145320150000786

Resolución: Sentencia 000305/2016

SENTENCIA DE APELACIÓN Nº 000305/2016

ILTOS. SRES.:

PRESIDENTE,

D. FRANCISCO JAVIER PUEYO CALLEJA

MAGISTRADOS,

D. ANTONIO RUBIO PÉREZ

Dª Mª JESÚS AZCONA LABIANO

Dª RAQUEL HERMELA REYES MARTÍNEZ

Dª Mª DE LAS MERCEDES MARTÍN OLIVERA

En Pamplona/Iruña,
a veintisiete de junio de dos
mil dieciséis.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, constituida por los Ilustrísimos Señores Magistrados expresados, ha visto, en grado de apelación, el presente rollo nº 218/2016 contra la Sentencia nº 46/2016 de fecha 8-3-2016 recaída en los autos procedentes del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº3 de Pamplona correspondientes al recurso contencioso-administrativo procedimiento ordinario nº 264/2015, y siendo partes como apelante la Administración del Estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y como apelado, el Ayuntamiento de Tafalla representado por el Procurador Sra. Mª Belén Goñi Jiménez y defendido por el Abogado Sr. José Luis Navarro Resano, y viene en resolver en base a los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia nº 46/2016 de fecha 8-3-2016 recaída en los autos procedentes del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº3 de Pamplona correspondientes al recurso contencioso-administrativo procedimiento ordinario nº 264/2015 en su fallo dispone: *“Debo desestimar y desestimo el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Abogacía del Estado contra la actividad del Ayuntamiento de Tafalla consistente en colocar y ondear la bandera de la CAV, en la fachada del Ayuntamiento el día 14 de agosto de 2015 con ocasión del lanzamiento del cohete anunciador de las fiestas patronales.”*

SEGUNDO.-Por la parte actora se ejercitó recurso de apelación al que se dio el trámite legalmente establecido en el que solicitaba su estimación con revocación de la sentencia apelada.

La parte apelada/demandada, se opone a la pretensión anterior solicitando la confirmación de la sentencia de instancia.

TERCERO.-Elevadas las actuaciones a la Sala y formado el correspondiente rollo, tras las actuaciones legalmente prevenidas, y habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo así se verificó mediante Providencia del Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo convocando a la Sala en pleno como obra en autos, teniendo lugar el día 22-6-2016.

Es ponente el Ilmo. Sr. Presidente de esta Sala **D. FRANCISCO JAVIER PUEYO CALLEJA**, Magistrado Especialista de lo Contencioso-Administrativo, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los Fundamentos de Derecho de la Sentencia apelada, salvo los extremos expresamente así declarados en esta Sentencia.

PRIMERO.- De la Sentencia apelada y del acto administrativo impugnado en la Instancia.

El recurso de apelación se interpone frente a la Sentencia nº 46/2016 de fecha 8-3-2016 recaída en los autos procedentes del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº3 de Pamplona correspondientes al recurso contencioso-administrativo procedimiento ordinario nº 264/2015 que en su fallo dispone: *“Debo desestimar y desestimo el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Abogacía del Estado contra la actividad del Ayuntamiento de Tafalla consistente en colocar y ondear la bandera de la CAV, en la fachada del Ayuntamiento el día 14 de agosto de 2015 con ocasión del lanzamiento del cohete anunciador de las fiestas patronales.”*.

SEGUNDO.- De la condición de Autoridad de las Parlamentarias Vascas invitadas oficialmente por el Alcalde.

Niega el Abogado del Estado en su apelación en su primer motivo el carácter oficial de la visita y la falta de representatividad de la Comunidad Autónoma del País Vasco de las Parlamentarias Vascas. Debemos desestimar este motivo.

En la línea de principio que ha expresado esta Sala con ocasión del Rollo de apelación 194/2016 STSJNavarra de fecha 27-6-2016 las Parlamentarias Vascas invitadas, como bien señala la Sentencia de Instancia que nos ocupa, sí tienen la consideración de Autoridad Pública a los efectos del artículo 8.3 de la Ley Foral 24/20013.

1.-El artículo 8 de la Ley Foral 24/2003 de Símbolos de Navarra señala literalmente: “... 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.*”.

2.- La Sentencia de Instancia niega que las Parlamentarias Vascas representen a la Comunidad Autónoma del País Vasco (contestando así a las argumentaciones de la demanda , y con pleno acierto añadimos nosotros ahora) pero acto seguido considera a tales Parlamentarias autoridad pública. Y esto es lo relevante. El citado artículo exige que las invitadas sean autoridades y que sean invitadas oficialmente por la autoridad competente - aquí el Alcalde- durante una visita oficial (y así consta).

El carácter de visita “*oficial*” no lo da el contenido “político” o “lúdico” de la agenda de la visita; una visita tiene carácter “oficial” sea para asuntos trascendentes de carácter político, de carácter administrativo (firma de protocolos, acuerdos de colaboración....)sea, como es el caso para asuntos “festivos” o “lúdicos” o “populares”.

El carácter oficial lo dan los propios protagonistas de la visita – con el carácter de su invitación y aceptación- y el propio desarrollo de la misma, para darle así a la visita la importancia y trascendencia que estimen pertinente.

3.- Acierta pues el Juzgado en sus consideraciones acerca del carácter oficial de la visita y de la no representación de la Comunidad Autónoma del País Vasco de las Parlamentarias Vascas invitadas. Y acierta también en considerarlas Autoridad Pública que es lo relevante en el debate procesal que nos ocupa.

4.- Sin embargo no es acertada su fundamentación pues no puede residenciarse tal condición de Autoridad Pública en el artículo 24.1 del Código Penal pues este considera a los Parlamentarios como Autoridad Pública , literalmente, “ *A los efectos penales....*”, y por lo tanto no a otros efectos como el que nos ocupa; la condición de Autoridad Pública encuentra su fundamento en el Estatuto de Autonomía del País Vasco y el Reglamento del Parlamento Vasco.

TERCERO.-Del fraude de Ley.

El recurso de apelación articula un segundo motivo principal cual es el error de la Sentencia de Instancia al no apreciar el fraude de Ley.

Debemos estimar este motivo:

1.-En primer lugar debemos hacer referencia a las alusiones que la Sentencia de Instancia hace sobre la Ley 39/1981, rechazando esta Sala sus consideraciones al respecto:

- a) Es cierto que la Ley 39/1981 establece una enumeración abierta y no taxativa al referirse a “ *otras banderas y enseñas.. de otras Corporaciones... Estados o naciones* ” (artículos 3 y siguientes) y no solo a la española, la autonómica y la local propias.
- b) Pero tal consideración no implica que esa posibilidad “abierta” sea libérrima sino que por el contrario debe sujetarse en todo caso a las prescripciones legales; lo que nos lleva al estudio del artículo 8.3 de la Ley Foral 24/2003 que haremos más adelante.
- c) Las referencias que se hacen a la bandera de Europa y su exhibición en edificios públicos están fuera de lugar pues no son términos comparables. La exhibición (obligatoria o no) de la Bandera de Europa tiene su pleno acogimiento (no solo legal sino propio) por cuanto que todos los municipios navarros (también la Comunidad Foral de Navarra), lo son también de Europa y por lo tanto la bandera de Europa es también su bandera propia. No ocurre así con la bandera de la Comunidad Autónoma del País Vasco pues los

municipios de Navarra no pertenecen a dicha Comunidad sino a la Comunidad Foral de Navarra y la bandera propia de Navarra es la prevista en la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (Artículo 7), por lo que ese paralelismo que se hace a la bandera de Europa debe rechazarse.

2.- La Sentencia de Instancia niega la existencia de fraude de Ley , como invoca el Abogado del Estado en su apelación, y sostiene que la conducta municipal se ajustó a la previsión del artículo 8.3 de la Ley Foral 24/2003 señalando (Fundamento de Derecho SEGUNDO in fine de la Sentencia apelada) *“...que esta colocación extraordinaria de otras banderas como acto de cortesía es una facultad del Alcalde que cursa la invitación”* . .

- a) Debemos reseñar que el artículo 8.3 de Ley Foral 24/2003 de Símbolos de Navarra no contempla una *“facultad”*, ni mucho menos una facultad libérrima. Estamos ante una potestad: una potestad discrecional, como luego expondremos.
- b) El hecho de que el Ayuntamiento – Alcalde- haya ejercitado esa *“ facultad”*, como dice la Sentencia de Instancia, del artículo 8.3 es un hecho no discutido por nadie, tampoco por la Sentencia.
- c) Lo que se discute procesalmente es que el ejercicio de esa *“ facultad”*, se haya hecho bien conforme a Derecho o bien en fraude de Ley como invocaba el demandante y rechaza la Sentencia de Instancia.
- d) Y es que el fraude de Ley se refiere, por definición, a los actos realizados al amparo del texto de una norma (que es lo que se ha hecho por el Ayuntamiento) pero que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él (que es lo rechazado en la Sentencia de Instancia). Y ello requiere la valoración, en cada caso, de las pruebas obrantes en autos.

3.- Concretando en lo relativo a la utilización de la excepción del artículo 8.3 de la Ley Foral 24/2003 de Símbolos de Navarra y el fraude de Ley que invoca el apelante, debemos afirmar que:

- a) Como hemos apuntado lo que otorga tal artículo no es una *“facultad”*

como señala la Sentencia apelada sino en todo caso una potestad discrecional, potestad que en el caso debe ejercitarse “*extraordinariamente*”, según refiere la propia Ley Foral, lo que exige una interpretación estricta.

- b) La potestad discrecional no es equivalente a libre arbitrio, mera voluntad o capricho de la Administración o de sus Autoridades.
- c) Toda potestad administrativa, también la discrecional, debe sujetarse a la Ley y el resto del Ordenamiento jurídico y , muy en particular, a los principios generales del Derecho (muchos de ellos positivizados) que en todo caso deben regir el ejercicio de toda potestad administrativa: el principio de legalidad, igualdad, racionalidad, confianza legítima, proporcionalidad , buena fe, motivación, interdicción de la arbitrariedad, objetividad etc y siempre persiguiendo los intereses generales.

Y es que lo que se razona en esta Sentencia no es que no sea de aplicación nunca y en ningún caso la previsión del artículo 8.3 de la citada Ley Foral, sino que el ejercicio de esa potestad debe hacerse rectamente para el cumplimiento de la finalidad que le es propia y no otra, y esto no se hizo en el caso que nos ocupa.

4.- Y en este punto debemos afirmar la existencia de fraude de Ley.

Compartimos los hechos probados que contiene la Sentencia de Instancia pero no su valoración ni su conclusión jurídica.

a) La Sentencia de Instancia señala:

“.....En el presente caso, tal y como se aprecia en el expediente administrativo se cursaron por parte del Alcalde de Tafalla, a fecha 31 de julio de 2015, tres invitaciones a tres parlamentarias del Parlamento Autonómico Vasco, Doña Laura Mintegi, Doña Maribi Ugarteburu y Doña Leire Pineo, a fin de que acudieran al acto de lanzamiento de cohete anunciador de las fiestas patronales el día 14 de agosto a las 12 h. Las dos últimas aceptaron la invitación y acudieron al acto.....”

Por último en el caso de autos la respuesta dada por el Alcaldede Tafalla a un concejal sobre la presencia de la ikurriña en el balcón en el Pleno de de

11 de agosto, extractada de la prensa local del día siguiente, en la que explica que la citada bandera sí estará en el balcón y se colocará siguiendo todos los procedimientos para que sea legal, no es suficiente para apreciar fraude de ley, pues en primer lugar es una declaración de índole política ajena al expediente administrativo y en todo caso no revela por sí sola y en defecto de más prueba, que se pretenda vulnerar la ley ,pudiendo ser entendida como explicación de que se va a tener ese acto de cortesía con las autoridades invitadas, sólo durante su presencia y colocando la bandera en el lugar que legalmente le corresponde. Así mismo tampoco tiene la trascendencia que pretende la parte actora el hecho de que no se izasen otras banderas de otros lugares cuyos alcaldes fueron invitados al igual que las parlamentarias vascas, puesto que esta colocación extraordinaria de otras banderas como acto de cortesía es una facultad del Alcalde que cursa la invitación.

b) Los anteriores hechos constituyen indicios claros de la existencia de fraude de Ley. Asimismo las declaraciones del Alcalde, cualquiera que sea la índole que quiera darse, tienen evidente trascendencia en el objeto de este proceso por su contenido. Las referidas declaraciones evidencian claramente su finalidad, más allá de hacerse de manera indirecta, subrepticia y /o calculadamente ambiguas. También las fechas en que se realizaron las invitaciones(muy próximas en el tiempo a la visita) determinan , junto con el resto, indicios sólidos de la existencia de fraude de ley, por la propia dinámica cronológica y de contenido de los hechos acaecidos.

Y todo ello, no se olvide, en un marco general de actuación administrativa en tales fechas (que coadyuva en las conclusiones a que llega esta Sala), en que la excepción extraordinaria que prevé el artículo 8.3 de la Ley Foral de Símbolos, fue utilizada de manera generalizada, expansiva, mimética , indiscriminada y abusiva por una pluralidad de Ayuntamientos de la Comunidad Foral de Navarra en sus respectivas fiestas patronales, con la misma dinámica, articulación y fundamento que la aquí valorada; la referida excepción extraordinaria se convirtió en regla generalizada.

5.- Así, de lo acreditado en autos, se concluye que efectivamente existió un fraude de Ley (más correcto sería , al encontrarnos en sede contencioso-administrativa, decir una desviación de poder –trasunto administrativo del fraude de ley : STS 17-3-1970, 11-11-1986, 5-2-2008 etc - pues se trata del ejercicio de una potestad administrativa con una finalidad distinta a la querida por la Ley participando así de la misma naturaleza que el fraude de Ley del artículo 6.4 CCivil).

La existencia de fraude de Ley (y la desviación de poder) exige la existencia de prueba ad casum, habiéndose señalado por la Jurisprudencia los siguientes parámetros generales (STSJNavarra de 25-9-102 Ap 37/2010) que deben respetarse:

- a) En cuanto a la prueba de los hechos en el fraude de ley y en la desviación de poder, siendo genéricamente grave la dificultad de una prueba directa, resulta viable acudir a la prueba de presunciones (STSJNavarra de fecha 27-7-2001 (Rc 1224/1998) que exigen unos datos completamente acreditados al amparo del artículo 1249 del Código Civil, con un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano y a tenor del artículo 1253 del Código Civil se derive en la persecución de un fin distinto del previsto en la norma la existencia de tal desviación, como reconoce entre otras la STS 10-10-1987.
- b) La prueba de los hechos corresponde a quien ejercita la pretensión y el artículo 1214 del Código Civil puede alterarse según los casos, aplicando el criterio de la finalidad, en virtud del principio de buena fe en su vertiente procesal y hay datos de hecho fáciles de probar para una de las partes que sin embargo pueden resultar de difícil acreditamiento para otra.
- c) Finalmente, la necesaria constatación de que en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita, reflejada en la realización de actos con sujeción al texto de una norma pero persiguiendo un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico (fraude de ley) o la disfunción manifiesta entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio

(desviación de poder administrativa), se erigen como elementos determinantes que vienen declarando reiteradas Sentencias del TS 6-3-1992, 25-2-1993, 2-4-1993....., que insisten en que el vicio de desviación de poder, consagrado a nivel constitucional en el artículo 106.1, precisa para poder ser apreciado que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde, los pruebe cumplidamente, no se funde en meras opiniones subjetivas ni suspicacias interpretativas, ni tampoco se base en una oculta intención que lo determine . (STC 229/1998).

Pues bien, aplicando la doctrina jurisprudencial precedente en el caso examinado, podemos llegar a la conclusión de que se ha acreditado suficientemente que la actuación del Ayuntamiento ha incurrido en fraude de Ley, como hemos expuesto ut supra, y es que, por decirlo de una manera gráfica, no se ha colocado la bandera de la Comunidad Autónoma del País Vasco porque hayan acudido Autoridades procedentes de dicha Comunidad Autónoma, al contrario, se las ha invitado para dar cobertura a un acto que, sin ellas, sería contrario a derecho,.....y es que.... la vulneración del ordenamiento jurídico no pierde su carácter por hacerse de forma subrepticia, empleando una norma de cobertura para alcanzar (como finalidad) lo que dicho ordenamiento proscribe o es contrario a él.

CUARTO.- Conclusión.

En definitiva, y en base a los fundamentos expuestos, se debe estimar el recurso de apelación con revocación de la Sentencia de instancia y en cuanto al fondo debe estimarse el recurso contencioso.-administrativo interpuesto ya que el acto administrativo impugnado (vía de hecho: la actividad del Ayuntamiento de Tafalla consistente en colocar y ondear la bandera de la Comunidad Autónoma del País Vasco) no es conforme a Derecho, debiéndose en consecuencia anular dicha actividad administrativa recurrida.

QUINTO.- Costas.

En cuanto a las costas el artículo 139. 1. de la LJCA 1998 establece que *“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.*

En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad..”.

2. En las demás instancias o grados se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.”; así , conforme a la citada regulación legal, y dada la estimación del presente recurso de apelación con íntegra estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto en la instancia, y sin que el caso presente serias dudas de hecho o de Derecho, procede imponer las costas causadas en la primera instancia a la parte demandada sin que proceda pronunciamiento alguno respecto de las causadas en esta segunda instancia.

En atención a los Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho expuestos, en nombre de Su Majestad El Rey , y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del Pueblo Español, nos confiere la Constitución y vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de especial y general aplicación al caso de autos

FALLAMOS

1.-Estimamos el presente recurso de apelación y en su consecuencia:

- a) **Revocamos la** Sentencia nº 46/2016 de fecha 8-3-2016 recaída en los autos procedentes del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº3 de Pamplona correspondientes al recurso contencioso-administrativo procedimiento ordinario nº 264/2015.
- b) **No se hace expresa condena en costas** respecto a las causadas en esta **segunda instancia**.

2.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Administración del Estado contra la actividad del Ayuntamiento de Tafalla consistente en colocar y ondear la bandera de la CAV, en la fachada del Ayuntamiento el día 14 de agosto de 2015 con ocasión del lanzamiento del cohete anunciador de las fiestas patronales **y en su consecuencia :**

- a) **Debemos anular y anulamos** la mencionada actividad administrativa por no ser conforme a Derecho.
- b) **Hacemos expresa imposición de las costas causadas en la instancia a la parte demandada.**

Con testimonio de esta resolución, devuélvase las actuaciones al Juzgado de procedencia para su conocimiento debiendo el Juzgado hacer saber a las partes la resolución del recurso de apelación y llevando a cabo su puntual ejecución.

Contra la presente Sentencia no cabe recurso.

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



DILIGENCIA: En Pamplona, a veintiocho de junio de dos mil dieciséis. La extiendo yo, la Letrada de la Administración de Justicia, D^a. Sagrario Sánchez Equiza, por sustitución en esta Sala, para hacer constar que en el día de la fecha, me ha sido entregada la precedente sentencia debidamente firmada para su notificación a las partes y publicidad establecida legalmente, uniendo a los autos certificación literal de la misma y archivando el original. Doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente se notifica vía telemática anterior resolución al **Sr. ABOGADO DEL ESTADO** y a la Procuradora **Sra. GOÑI JIMENEZ**, haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso alguno, ello a los efectos pertinentes. Doy fe.