

T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD CACERES

SENTENCIA: 00169/2019

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, integrada por los Ilmo. Sres. Magistrados del margen, en nombre de S.M. el Rey ha dictado la siguiente:

SENTENCIA NUM. 169/2019

PRESIDENTE:

D. DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS:

D^a ELENA MÉNDEZ CANSECO

D. MERCENARIO VILLALBA LAVA

D. RAIMUNDO PRADO BERNABEU

D. CASIANO ROJAS POZO

D^a CARMEN BRAVO DÍAZ

En Cáceres, a veintinueve de octubre de dos mil diecinueve.

Visto el recurso de **Apelación nº 163 de 2019**, interpuesto por Letrado de la Diputación de Badajoz, en nombre y representación de la **EXCMA. DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE BADAJOZ**, contra la sentencia nº 92/19 de fecha 12 de julio de 2019, dictada en el Procedimiento Ordinario nº 36/19, tramitado en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Badajoz, siendo parte apelada el **EXCMO. AYUNTAMIENTO DE BADAJOZ**, representado por la Procuradora Sra. Bueso Sánchez, sobre: Bases reguladoras para la concesión de subvenciones que financian actuaciones de inversiones en obras y equipamiento, gastos corrientes y para el fomento de la competitividad y el empleo al amparo del Plan Dinamiza 4.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO..- Por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Badajoz se remitió a esta Sala recurso contencioso-

administrativo nº 36/19, seguido a instancias del Ayuntamiento de Badajoz, sobre Bases reguladoras para la concesión de subvenciones que financian actuaciones de inversiones en obras y equipamiento, gastos corrientes y para el fomento de la competitividad y el empleo al amparo del Plan Dinamiza 4. Procedimiento que concluyó por Sentencia del Juzgado de fecha 12 de julio de 2019.

SEGUNDO..- Notificada las anteriores resoluciones a las partes intervenientes se interpuso recurso de apelación por la Diputación Provincial de Badajoz, dando traslado a la representación del Ayuntamiento de Badajoz, aduciendo los motivos y fundamentos que tuvo por conveniente.

TERCERO..- Elevadas las actuaciones a la Sala se formó el presente rollo de apelación en el que se acordó admitir a trámite el mismo, que se declara concluso para sentencia, con citación de las partes.

CUARTO..- En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.

Siendo Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado **D. DANIEL RUIZ BALLESTEROS**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO..- La sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Badajoz de fecha 12 de julio de 2019 estima el recurso contencioso-administrativo presentado por el Ayuntamiento de Badajoz y anula el Decreto de la Presidencia de la Diputación de Badajoz de fecha 12 de diciembre de 2018, por el que se aprueban las Bases reguladoras para la concesión de subvenciones que financian actuaciones de inversiones en obras y equipamiento, gastos corrientes y para el fomento de la competitividad y el empleo al amparo del Plan Dinamiza 4.

La Diputación de Badajoz solicita la revocación de la sentencia de instancia.

El Ayuntamiento de Badajoz interesa la desestimación del recurso de apelación.

SEGUNDO..- La controversia suscitada en el presente proceso contencioso-administrativo ha sido resuelta en la sentencia del TSJ de Extremadura de fecha 28 de octubre de 2019, dictada en el recurso de apelación número 140/2019.

En aplicación de los principios de seguridad jurídica y unidad de doctrina, damos por reproducida la fundamentación jurídica de la sentencia mencionada al tratarse de una cuestión idéntica a la del presente recurso de apelación.

La sentencia del TSJ de Extremadura de fecha 28 de octubre de 2019, recurso de apelación número 140/2019, recoge lo siguiente:

"PRIMERO.- Se formula el presente recurso contra el Decreto de la Presidencia de la Excma. Diputación de Badajoz de 19 de junio de 2018, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Badajoz con fecha 28 de junio del mismo año, por el que se aprueban las Bases reguladoras para la concesión de subvenciones que financian actuaciones de inversiones en obras y equipamiento al amparo del Plan Dinamiza Extraordinario 2018.

El preámbulo de dicho Decreto establece que constituirá una finalidad instrumental y específica de la actividad subvencional a que se refieren estas bases, el compromiso con los valores democráticos y el cumplimiento de la Ley 52/2007 de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, (en adelante, Ley de Memoria Histórica), por parte de las Corporaciones Locales que concurran, de modo que con la solicitud aceptan el catálogo de Vestigios que le ha sido comunicado por la Diputación, asumiendo el compromiso expreso de la retirada o modificación de aquellos vestigios de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la guerra civil, o de la representación de la dictadura, al que se refiere el artículo 15 de la Ley de Memoria Histórica, dentro del plazo de tres meses desde la comunicación, y en base a la decisión tomada por el Comité Provincial de Expertos de la Memoria Histórica de la Diputación de Badajoz. Lo dicho en el preámbulo, se repite en el artículo 3, en el artículo 5, en el artículo 6, 7, 8, 10, 12 y anexo 12.

Entiende el Excmo. Ayuntamiento de Badajoz que las bases impugnadas, no son ajustadas a derecho, en cuanto dichas bases dan un tratamiento a lo establecido en la Ley de Memoria Histórica y al catálogo de vestigios, que no es acorde con lo establecido en la propia Ley, ni acorde con las competencias de las diferentes Administraciones, ni por ello con el principio de autonomía local, por lo que los artículos antes referenciados, adolecen de nulidad de pleno derecho, por haber

sido dictados prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, bien por no existir procedimiento reglado basado en competencias de la Comisión de expertos creado por el Presidente de la Diputación que pueda declarar de forma directa el incumplimiento de una Ley; y porque en definitiva en las bases cuestionadas, se está anticipando una sanción sin haberse instruido procedimiento administrativo sancionador, al efecto. Subsidiariamente la actora solicita la declaración de anulabilidad de las bases, o subsidiariamente la anulabilidad del preámbulo y delos artículos 2, 3, 5, 6, 7, 10 y 12, y anexo 12, por concurrir desviación de poder, ya que la Administración demandada con la fijación de tales preceptos no persigue un fin subvencional, sino un interés jurídico diferente.

La Excma. Diputación se opuso al recurso, interesando con carácter previo la inadmisibilidad del mismo por entender que las Bases impugnadas son mera ejecución de un acto anterior firma, consistente en el Plan Estratégico de Subvenciones aprobado por la Excma. Diputación y no recurrido. Y en cuanto al fondo por entender que dentro de su competencia y autonomía ha establecido una condición previa y necesaria para la concesión de la ayuda. Niega que el hecho de no aceptar esa condición suponga la imposición de una sanción.

La sentencia rechaza la causa de inadmisibilidad, por entender que el Plan Estratégico de Subvenciones no es un acto administrativo recurrible, amén de que cuando la actora interpone recurso de reposición contra las Bases, la Diputación entró a resolver sobre el fondo, por lo cual no puede ir ahora contra sus propios actos cuando en vía administrativa no entendió que el Plan Estratégico como acto firme impedía el recurso contra las Bases como mera ejecución de aquél.

Y en cuanto al fondo la sentencia considera que el Comité de Expertos es un órgano colegiado de asesoramiento de forma que sus acuerdos no tienen efectos directos frente a terceros, y que el Plan Estratégico de Subvenciones carece de rango normativo, siendo mero instrumento de gestión cuya virtualidad opera en el ámbito interno de la Administración. Añade la sentencia que el Comité de Expertos carece de competencia para decidir si un Ayuntamiento incumple con la Ley de Memoria Histórica, y que en definitiva el impedir acceder al Ayuntamiento a la subvención, es una sanción, a la que se llega sin procedimiento, por lo cual llega al pronunciamiento de considerar que las Bases recurridas son nulas de Pleno derecho por haberse dictado en base a un informe del Comité de Expertos que carece de competencia para dirimir si el Ayuntamiento ha incumplido la Ley de Memoria Histórica, y anticipan sanciones a los que no acatan lo establecido por el

Comité de Expertos, vulnerando la Ley de Subvenciones 38/2003 en su artículo 67,1 que requiere la tramitación de procedimiento sancionador. La nulidad según la sentencia, llega al preámbulo del Decreto por dar por supuesto que la mera presentación de la solicitud supone aceptar el catálogo de Vestigios previamente comunicado a cada municipio.

SEGUNDO. - En cuanto a la causa de inadmisibilidad alegada, por entender que el Plan Estratégico de Subvenciones es un acto firme y que las Bases de la convocatoria no aportan nada nuevo, procede en primer lugar aceptar los razonamientos de la juzgadora y añadir que resulta requisito previo para todo establecimiento de subvenciones de conformidad con el artículo 8.1 de la LGS la formalización o instrumentalización externa del referido Plan con un contenido que le haga identificable, por reflejar, al menos, aquello a lo que alude el apartado 1 del artículo 8 LGS. El artículo 8 de la Ley estatal 38/2003, general de subvenciones, los artículos 10 a 15 de su reglamento aprobado por Real Decreto 887/2006 -son disposiciones básicas porque forman parte del procedimiento administrativo común en la indicada materia, según sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 4 de junio de 2013-. La correlación entre la validez del establecimiento de subvenciones mediante Decreto u Ordenanza, parte de la existencia de un PES previo que incluya como elementos mínimos esenciales los de "los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, supeditándose en todo caso al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria".

Así resulta, con claridad, de los principios generales consagrados por el artículo 8 de la LGS:

"1. Los órganos de las Administraciones públicas o cualesquiera entes que propongan el establecimiento de subvenciones, con carácter previo, deberán concretar en un plan estratégico de subvenciones los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, supeditándose en todo caso al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

2. Cuando los objetivos que se pretenden conseguir afecten al mercado, su orientación debe dirigirse a corregir fallos claramente identificados y sus efectos deben ser mínimamente distorsionadores.

3. La gestión de las subvenciones a que se refiere esta ley se realizará de acuerdo con los siguientes principios:

- a) *Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación.*
- b) *Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante.*
- c) *Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos."*

Su existencia es imprescindible según establece la sentencia de la Sala 3^a y Sección 4^a del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2013 y las que en su fundamento jurídico primero se citan; de modo que esta categoría jurídica pertenece o tiene existencia en un momento previo al establecimiento de la subvención, esto es, anterior a las disposiciones o a los actos administrativos que deciden articular unas concretas técnicas de fomento; tal categoría enlaza con las denominadas fase de programación presupuestaria y con la presupuestación por objetivos y control de resultados provenientes de la legislación presupuestaria (artículo 6.2); y como es una concreta morfología de plan estratégico y de acuerdo con el artículo 10 de aquel Real Decreto es un "instrumento de planificación de políticas públicas que tengan por objeto el fomento de una actividad pública o de interés social o de promoción de una finalidad pública", siendo su contenido típico el previsto en el artículo 12 de esa disposición reglamentaria (objetivos estratégicos, líneas de subvención, régimen de seguimiento y evaluación continua y resultados de evaluación de planes anteriores), pudiendo quedar reducido ese contenido a una mera memoria explicativa y siendo su carácter meramente programático sin que (su contenido) genere derechos u obligaciones; quedando supeditada la efectividad a la "puesta en práctica" de unas líneas de subvención según disponibilidades presupuestarias (artículo 12).

*Como resulta de estas consideraciones el plan estratégico ni es norma jurídica ni, propiamente, un acto administrativo con efectos externos vinculantes y con un destinatario plural; careciendo de eficacia vinculante para la Administración que lo aprueba debido al mecanismo de seguimiento contemplado en el artículo 15 del RD 887/2006 (efectos del incumplimiento del plan estratégico de subvenciones) disposición que autoriza la modificación o la sustitución de líneas de fomento inicialmente previstas. Se trata de una manifestación externa programática fruto de una decisión política electiva en el campo de técnicas de fomento, conformada según mandatos del mencionado artículo 12, el cual permite habilitar esas típicas técnicas desde el punto de vista presupuestario y el jurídico, y que es *condictio sine qua non* para el establecimiento posterior de la regulación y el anuncio de convocatoria de las ayudas públicas.*

De conformidad con ello, resulta que las Administraciones generales e institucionales emanan con frecuencia este tipo de instrumentos de carácter directivo de la praxis administrativa que comprenden figuras entre las que cabe citar los planes, que no son disposiciones reglamentarias, siquiera de carácter orgánico, ni normas jurídicas objetivas, sino meros instrumentos o enunciaciones de bases y medios para lograr determinados fines y políticas públicas, y que solo se materializarán como tales disposiciones jurídico-administrativas en la medida en que sea preciso para su imperatividad y eficacia *ad extra*. El Plan Estratégico de Subvenciones debe darse a conocer a través de los medios publicitarios, aunque en sí mismo no genere derechos directos en los ciudadanos, sino es a través de la posterior concreta convocatoria de subvenciones. Son un instrumento de gestión de carácter programático y sin rango normativo supone que carece de incidencia directa en la esfera de potenciales beneficiarios de subvenciones, no creando, de este modo, derechos ni obligaciones para éstos. Su efectividad quedará condicionada a la puesta en práctica de las diferentes líneas de subvención, atendiendo entre otros condicionantes, a las disponibilidades presupuestarias de cada ejercicio.

Ahora bien, aun siendo así, lo que no puede decirse es que tales elementos de planificación o programación de actuaciones futuras estén despojados de justiciabilidad contencioso-administrativa, ya que existen importantes elementos reglados, como son, la determinación del fin de la ayuda, los hechos determinantes... etc., que sin duda justifican la posibilidad de control judicial de esta actuación. Se ha de tener en cuenta que, aún supuesta la naturaleza en parte política de este Plan, ello de ninguna manera le exonera del control judicial. No siendo en esa lógica meros actos de trámite insertos en procedimientos en curso, -aunque si presupuesto procedural y sustancial de ellos en el futuro-, estarán necesariamente sujetos a control jurisdiccional en aquellos conceptos "jurídicamente asequibles".

Todo ello implica que sin perjuicio de que puedan ser recurridas, su eficacia *ad extra* viene consolidada por el acto administrativo o disposición general que anuncie las subvenciones, es decir que podrán recurrirse pero no es obligatorio recurrirlo para poder hacerlo contra las bases de la convocatoria, quedando supeditada la efectividad a la "puesta en práctica" de unas líneas de subvención según disponibilidades presupuestarias (artículo 12).

Se rechaza por tanto la inadmisibilidad alegada.

TERCERO.- En cuanto al fondo, lo primero que merece destacar es la existencia de diversos pronunciamientos judiciales, que

han resuelto diferentes recursos formulados en relación con pretensiones de tales como cambio de nombre del poblado Villafranco del Guadiana, (recurso 136/2016, tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso nº 2 de Badajoz, que terminó por sentencia firma desestimatoria). Otro recurso tramitado en el mismo juzgado con el nº 164/2016, instando que el Ayuntamiento elaborara un Catálogo de vestigios, siendo la demanda desestimada por sentencia firme. Recurso tramitado con el nº 184/2017, tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso nº 1 de los de Badajoz instando la elaboración del Catálogo de vestigios, y medidas de retirada, igualmente desestimado por sentencia firme.

Estos recursos resuelven peticiones dirigidas al Ayuntamiento de Badajoz, que obviamente es el competente para la elaboración de su correspondiente Catálogo de Vestigios, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de Memoria Histórica. Este artículo dispone que:

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 concurran razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas protegidas por la ley.*
3. *El Gobierno colaborará con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales en la elaboración de un catálogo de vestigios relativos a la Guerra Civil y la Dictadura a los efectos previstos en el apartado anterior.*
4. *Las Administraciones públicas podrán retirar subvenciones o ayudas a los propietarios privados que no actúen del modo previsto en el apartado 1 de este artículo.*

Del precepto resulta que las diferentes administraciones ostentan competencias para la elaboración de su propio catálogo, de modo que el Ayuntamiento de Badajoz es el competente para analizar y en su caso incluir en su correspondiente Catálogo, de las calles, pedanías y símbolos existentes en su municipio. La Ley ordena en su artículo quince a las administraciones públicas que tomen "las medidas oportunas" dentro de sus competencias 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", así como para "la elaboración de un catálogo de vestigios" de ese tipo.

El tema de la Memoria Histórica es un tema importantísimo en los sistemas democráticos, tanto es así que no sólo la legislación nacional se ha ocupado de ello, sino también el Parlamento Europeo, que ha dictado una Resolución 2019/8819 (RSP) destacando la Memoria Histórica para el futuro de Europa, y alentando la sensibilidad sobre los crímenes perpetrados por los regímenes totalitarios antidemocráticos, refiriéndose al holocausto nazi y a los regímenes comunistas totalitarios. Se considera por el Parlamento Europeo la necesidad de mantener vivos los recuerdos del trágico pasado con el fin de honrar a las víctimas.

Además de la Ley Estatal, han sido promulgadas leyes autonómicas en relación con el tema de la Memoria Histórica, y así en lo que respecta a Extremadura, existe la Ley 1/2019 de 21 de enero, que en su artículo 25 dispone que:

3. Las Administraciones Públicas de Extremadura, en el ámbito y ejercicio de sus competencias y de conformidad con lo establecido en el apartado primero, adoptarán las medidas necesarias para proceder a la inmediata retirada o eliminación de los elementos contrarios a la Memoria Histórica Democrática de Extremadura, sin perjuicio de las actuaciones que las víctimas, sus familiares o las asociaciones memorialistas, las asociaciones de familiares de víctimas y las asociaciones de víctimas del robo de bebés puedan llevar a cabo en defensa de su derecho al honor y la dignidad. 7. Mediante Orden de la Consejería competente en materia de Memoria Histórica y Democrática se constituirá un Comité técnico adscrito a dicha Consejería que elaborará una relación de los elementos que deben ser retirados o eliminados.

La Consejería competente en materia de Memoria Histórica y Democrática notificará a las personas titulares de los elementos incluidos en esa relación el incumplimiento de su obligación de eliminarlos o retirarlos, y un plazo máximo para su retirada no superior a tres meses.

8. No habiéndose producido la retirada o eliminación de los elementos a que se refiere este artículo de manera voluntaria, la Consejería competente en materia de Memoria Histórica y Democrática incoará de oficio el procedimiento para la retirada de dichos elementos.

9. En todo caso se dará trámite de audiencia a las personas interesadas por un plazo de quince días hábiles. La resolución motivada que finalice el procedimiento deberá dictarse y notificarse en el plazo máximo de tres meses contados desde el

día del acuerdo de inicio del mismo. Transcurrido este plazo se producirá la caducidad del procedimiento.

10. La resolución por la que se acuerde la retirada de elementos y símbolos contrarios a la Memoria Histórica y Democrática recogerá siempre el plazo para efectuarla, no siendo este superior a tres meses y será inmediatamente ejecutiva, sin perjuicio de los recursos que puedan interponerse.

11. Transcurrido el plazo dado sin que se haya procedido a la retirada de dichos elementos, la Junta de Extremadura podrá realizar la retirada subsidiariamente, de acuerdo con lo previsto en el art. 102 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Y en el artículo 26 establece que 1. La Junta de Extremadura, de conformidad con lo previsto en el art. 15 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, y en los supuestos en que lo permita el ordenamiento jurídico, no subvencionará, bonificará o prestará ayudas públicas a aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, sancionadas por resolución administrativa firme por atentar, alentar o tolerar prácticas en contra de la Memoria Histórica y Democrática de Extremadura conforme a lo establecido en el Título VI de la presente ley.

El artículo 53,3, dispone que será infracción grave d) *Incumplir la orden de retirada de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones, como el callejero, y otras inscripciones o elementos, conmemorativas o de exaltación o enaltecimiento individual o colectivo del franquismo, de sus dirigentes o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial.*

En el apartado 6 establece que: 3. Las sanciones no pecuniarias consistirán en la pérdida del derecho a obtener subvenciones, bonificaciones o ayudas públicas en materia de memoria democrática por un período máximo de dos, tres o cinco años en caso de infracciones leves, graves o muy graves, respectivamente, y en el reintegro total o parcial de la subvención en materia de memoria democrática concedida. Para la imposición y graduación de estas sanciones accesorias, cuando procedan conforme a ordenamiento jurídico y estricto respeto a sus garantías, se atenderá a la gravedad de los hechos y su repercusión, de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

5. La tramitación del expediente sancionador se regirá por lo dispuesto en el Título Preliminar, Capítulo III relativo a los Principios de la potestad sancionadora de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, así como

en el Decreto 9/1994, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre procedimientos sancionadores seguidos por la Comunidad Autónoma de Extremadura y el Decreto 67/1994, de 17 de mayo (EDL 1994/19655), en cuanto a la recaudación de multas.

Por último, *Disposición adicional segunda:*

En el plazo máximo de 12 meses desde la entrada en vigor de esta ley deberá procederse a la retirada o eliminación voluntaria de los elementos a que se refiere el art. 25. En caso contrario, y una vez constituido, en el plazo de 6 meses desde la entrada en vigor de la Ley, el Comité Técnico y elaborada la relación de elementos que deben ser retirados o eliminados, que se realizará en el plazo de 12 meses tras la constitución del citado Comité, la Consejería competente en materia de Memoria Histórica y Democrática incoará de oficio el procedimiento previsto en el mismo artículo para la retirada de dichos elementos.

Esta ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el *Diario Oficial de Extremadura*.

Esta Ley no ha entrado aún en vigor, pero sirve de clara referencia para poder resolver el presente conflicto.

CUARTO.- Lo que ha ocurrido en el caso que nos ocupa, es que a la hora de definir vestigios, la Excma. Diputación crea su propio Comité de Expertos, mediante Acuerdo Plenario y regula su composición y funcionamiento, y dentro de sus funciones está la de "proponer a los municipios de la provincia de Badajoz, criterios homogéneos y generales que faciliten a los mismos la elaboración del Catálogo de vestigios relativos a la guerra civil y la dictadura", y realiza además funciones de asesoramiento, pero manteniendo en todo caso la competencia municipal para la elaboración de su propio Catálogo. Sin embargo, lo cierto es que el Comité de Expertos de la Diputación concluyó recomendando la eliminación de determinados vestigios, sin que el Ayuntamiento de Badajoz haya elaborado su correspondiente catálogo, para lo cual la es el competente y siendo lo cierto que la propia Ley de Memoria Histórica no prevé ni procedimiento ni plazo alguno. Al hacerlo así ha ido más allá de sus propias competencias que nunca son decisorias al respecto. Además está subiudice la obligación del realizar el correspondiente Catálogo, sin que haya resolución firme a la fecha que haya declarado la obligación del Ayuntamiento de realizar ese catálogo en determinado tiempo y sobre todo de incluir los vestigios que recomienda el Comité de Expertos.

Y en cuanto al objeto del presente recurso, resulta que el Comité de Expertos como hemos precisado, informó, recomendó la

eliminación o transformación de los vestigios que en opinión del propio Comité de Expertos de la Diputación, subsistía; y fue el Plan Estratégico de Subvenciones, el que acordó vincular el otorgamiento de subvenciones, con carácter absolutamente general a todo tipo de ayudas, al cumplimiento de las recomendaciones del Comité de expertos.

Con ello en definitiva se estaba valorando y resolviendo si el Ayuntamiento cumplía o no con la Ley de Memoria Histórica, algo para lo que la Diputación carece de competencia, por cuanto si las recomendaciones del Comité de Expertos son precisamente eso, recomendaciones, la Diputación al certificar un requisito de la concreta convocatoria, está condicionando absolutamente la misma; y si el Ayuntamiento que es el competente para elaborar su propio Catálogo, y no lo ha realizado, la consecuencia jurídica de ello será obtener un pronunciamiento judicial o administrativo firme que le imponga tal obligación al ayuntamiento, pero no el vincular las subvenciones de la Diputación a lo informado por el Comité de Expertos, ya que está invadiendo de manera indirecta las competencias municipales.

Cierto que la Diputación ostenta competencias para vincular su política de subvenciones al cumplimiento de los fines instrumentales y específicos establecidos en la Ley de Memoria Histórica, pero no es menos cierto que los informes de su Comité de Expertos no tienen efectos frente a terceros. Son los Ayuntamientos los que tienen que proporcionar el catálogo de vestigios que todavía queden en su territorio. En resumen, la labor de los Ayuntamientos es que cataloguen los vestigios presentes en sus territorios y los retiren, y en atención a lo preceptuado en la ley de Memoria Histórica que considera vestigio franquista a los "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".

Esa obligación habrá de ser exigida por los cauces legales, nos referimos a la de realizar su Catálogo de Vestigios o entender que no existen tales vestigios, y cuando se haya resuelto en vía administrativa o judicial, si tales vestigios existen y la obligación de retirada de los mismos, podrá aplicarse una penalización como puede ser la privación de subvenciones. Nunca antes.

No olvidemos que la Ley 1/2019 autonómica sujeta las sanciones en materia de subvenciones a la existencia de resolución judicial o administrativa firme por atentar, alentar o tolerar prácticas en contra de la Memoria Histórica y Democrática de Extremadura conforme a lo establecido en la propia Ley. Y lo que hace la Excma. Diputación es sancionar de plano a la

pérdida de las subvenciones, y de todo tipo de ellas, lo cual no parece tampoco sujetarse a lo dispuesto en la Ley 1/2019, que refiere que se trate de subvenciones en materia de memoria democrática.

A mayor abundamiento, no podemos soslayar que la carga modal que conllevan las subvenciones, es la característica sustancial de la misma, pero esa carga modal ha de ir dirigida a fomentar una determinada finalidad de interés general, resultando contrario al propio concepto de la subvención, que la carga modal consista en imponer una condición de obligado cumplimiento que no forma parte intrínseca de la actividad a fomentar. La subvenciones en realidad son instrumentos de gestión de servicio público, y las convocadas en el presente caso, tienen por objetivo promocionar y ayudar las inversiones en obras y equipamiento, gastos corrientes y para el fomento de la competitividad y el empleo al amparo al amparo del Plan Dinamiza extraordinario 2018; y si bien es cierto que se puede incluir como finalidad instrumental y específica de tal actividad subvencional, el compromiso con los valores democráticos y el cumplimiento de la Ley de Memoria Histórica, lo lógico será que la finalidad instrumental se vierta sobre subvenciones que afecten a la memoria histórica no a la totalidad de las que puedan concederse, amén de que ello no depende únicamente del cumplimiento y aceptación expresa de los vestigios recomendados por el Comité de Expertos. El cumplimiento o incumplimiento con la Ley de Memoria Histórica deberá ser zanjado con anterioridad en procedimiento previo.

El tratamiento que vienen dando las Leyes autonómicas de Memoria Histórica, además de la Extremeña, es precisamente es de establecer sanciones no pecuniarias, consistentes en pérdida del derecho a obtener subvenciones "en materia de memoria democrática" (Ley 14/2017 de la Comunidad Valenciana", o Ley 2/2017 de la Memoria Histórica y Democrática de Andalucía" que también contempla las sanciones no pecuniarias limitando la pérdida las ayudas públicas en materia de Memoria Democrática".

Ese proceso previo al que nos hemos referido, existe en cuanto en el procedimiento tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso nº 1 de los de Badajoz con el nº PO 134/2017, el recurrente instaba la condena del Ayuntamiento de Badajoz a elaborar el correspondiente catálogo y retirada de vestigios. Este procedimiento culminó con sentencia confirmada por este Tribunal, nº 155, inadmitiendo el recurso respecto a la referida petición. Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, y a la fecha no existe resolución judicial alguna que se haya pronunciado sobre la obligatoriedad de la realización del catálogo en cuestión, y de la inclusión de los vestigios recomendados por el Comité de

Expertos. Tampoco existe resolución administrativa firme, dictada al menos con audiencia del Ayuntamiento.

Al no respetar las Bases de la Convocatoria lo expuesto, está en realidad interpretando la Ley de Memoria Histórica a su voluntad, y eludiendo la existencia de una resolución que en definitiva resuelva el conflicto en cuanto a la obligatoriedad de elaborar el Catálogo y principalmente la inclusión o no de determinados vestigios, y por ello las bases de la convocatoria no son ajustadas a derecho, por cuanto están afectando de lleno e invadiendo la propia competencia municipal.

En definitiva además de que la sanción de pérdida de subvenciones se ha adoptado careciendo de procedimiento, y no nos referimos al procedimiento tramitado respecto de las propias Bases, sino al procedimiento que debería haberse seguido para imponer una sanción como la que se impone, y ese término de "sanción" es el término que la propia Ley 1/2019, utiliza al hablar de sanciones no pecuniarias impuestas tras el dictado de acto administrativo o judicial firme, y con ello además se está lesionando el principio de igualdad, ya que en palabras del Tribunal Constitucional (STC 253/2004) "para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos».

Según se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la apreciación de la violación del principio de no discriminación exige demostrar la existencia de un trato menos favorable respecto de personas o colectivos que se hallen en una situación sustancialmente similar y comparable, consecuencia de no respetar motivos protegidos, o que se trata de forma idéntica a personas o colectivos que se hallen en situaciones diferentes que les produzca unos efectos desproporcionadamente perjudiciales, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado (STCE 23 de octubre de 2003, 1 de abril de 2008, 17 de julio de 2008, 23 de septiembre de 2009 y 21 de julio de 2011)

Así pues, dados los términos en que las Bases de la Convocatoria de ayudas, hacen depender la condición de beneficiario de un requisito impuesto de manera unilateral y sin procedimiento alguno podemos afirmar que tal limitación de condición de beneficiario del sistema de ayudas, es

discriminatoria ya que no permite el ejercicio de libertad de la Corporación Local para elaborar su propio Catálogo, al margen de las recomendaciones, que se convierten en órdenes.

Y es discriminatoria porque como ya hemos expuesto las subvenciones son instrumentos de gestión del servicio público y deben afectar a todos los ciudadanos en igualdad de oportunidades.

Así concluimos que las bases de la convocatoria, en cuanto imponen un requisito de aceptación íntegra de un informe que realiza el Comité de Expertos y que asume la Excma. Diputación, está en definitiva la propia Diputación lesionando el principio de Autonomía Municipal, consagrado en los artículos 137 y 140 de la Constitución, además de conculcar el principio de igualdad y no discriminación contenido en el artículo 8 de la Ley de Subvenciones.

El preámbulo de dichas bases establece que: "De acuerdo a lo dispuesto en dicho Plan, toda la política de fomento de la Diputación de Badajoz dirigida a las Entidades Locales de la provincia está presidida por lo establecido en la cláusula cuarta del mismo, en virtud de la cual constituirá una finalidad instrumental y específica de la actividad subvencional a que se refieren estas bases, el compromiso con los valores democráticos y el cumplimiento de la Ley de Memoria Histórica (Ley 52/2007, de 26 de diciembre) por parte de las Entidades Locales que concurran a la convocatoria que con la solicitud aceptan el Catálogo de Vestigios, que les ha sido comunicado por la Diputación Provincial de Badajoz asumiendo el compromiso expreso de la retirada o modificación de aquellos vestigios de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura, al que se refiere el artículo 15 de la Ley, dentro del plazo de tres meses desde la comunicación y en base a la decisión tomada por el Comité Provincial de Expertos de la Memoria Histórica de la Diputación de Badajoz. Para ello se configura en estas bases reguladoras dicho compromiso como un supuesto específico de reintegro en caso de incumplimiento conforme a lo dispuesto en los apartados f) e i) del artículo 37.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones".

La sentencia de instancia entiende que los efectos de lo antedicho, supone la nulidad de todo el Decreto en cuanto que en el mismo se condiciona por lo que se impone en el Preámbulo como requisito incuestionable de aceptación del Catálogo de vestigios, y ello, en cuanto al Preámbulo, es absolutamente aceptable en cuanto que el propio Preámbulo que a la recomendación del Comité de Expertos, la llama "decisión" y sujeta la concesión de las ayudas a tal decisión, adquiriendo

contenido normativo excediendo de lo que constituye la naturaleza jurídica del mismo.

La nulidad a acordar ha de referirse a los preceptos del Decreto afectados por la decisión en relación con la aceptación y compromiso de retirada de vestigios de conformidad con el informe del Comité Provincial de Expertos, y así se debe declarar la nulidad del propio Preámbulo, y de los artículos 3 que contempla la finalidad de la subvención, el 5 que regula la condición de beneficiarios, el 6 que regula la presentación de solicitudes, el 7 que regula el procedimiento, el 9 que regula los criterios de otorgamiento del crédito disponible, el 10 que regula la instrucción y Resolución del procedimiento, el 12 que regula el pago, y el Anexo 12 que plasma los modelos de aceptación del compromiso, en cuanto contienen las menciones y requisitos de la aceptación y compromiso de retirada de vestigios de conformidad con el informe del Comité Provincial de Expertos.

No procede anular el artículo 1 que se refiere a las normas de aplicación incluyendo la Ley de Memoria Histórica por ser referencia válida. Una cosa es la atención a determinada Ley, y otra la interpretación que de la misma hace la demandada.

Y entendemos que tampoco es necesaria la anulación de la totalidad del Decreto en cuanto el resto del articulado no valora ni exige el cumplimiento de la aceptación y compromiso de retirada de los vestigios apreciados por el Comité Provincial de Expertos. Y respecto de la trascendencia de la fijación del crédito disponible, no se duda de la misma, pero basta con anular tal precepto, en cuanto a la referencia que incluye a los vestigios comunicados por el Comité Provincial de Expertos.

Por todo ello, se estima parcialmente el recurso de apelación en el único aspecto de no anular la totalidad del Decreto sino exclusivamente los artículos mencionados, conforme a la fundamentación expuesta".

TERCERO.- La anterior fundamentación nos conduce a la estimación parcial del recurso de apelación en el único sentido de no anular la totalidad del Decreto sino el Preámbulo, los artículos 3, 5, 6, 7, 9 y el Anexo 2 de las Bases reguladoras para la concesión de subvenciones que financian actuaciones de inversiones en obras y equipamiento, gastos corrientes y para el fomento de la competitividad y el empleo al amparo del Plan Dinamiza 4, aprobadas por el Decreto de la Presidencia de la Diputación de Badajoz de fecha 12 de diciembre de 2018 (BOP de Badajoz de fecha 17-12-2018), en cuanto contienen las menciones y requisitos de la aceptación y

compromiso de retirada de vestigios de conformidad con el informe del Comité Provincial de Expertos.

CUARTO..- De conformidad con lo dispuesto los apartados 1 y 2 del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dado que se estima parcialmente el recurso de apelación y ante las serias dudas de derecho y la complejidad que presenta el presente proceso contencioso-administrativo, no procede imponer las costas procesales de las dos instancias jurisdiccionales a ninguna de las partes litigantes.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación, EN NOMBRE DE SM EL REY, por la potestad que nos confiere la CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA,

F A L L A M O S

Estimamos parcialmente el recurso de apelación número 163/2019 interpuesto por la Excma. Diputación de Badajoz, contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Badajoz de fecha 12 de julio de 2019, dictada en el Procedimiento Ordinario número 36/2019, en el único aspecto de que se anulan el Preámbulo, los artículos 3, 5, 6, 7, 9 y el Anexo 2 de las Bases reguladoras para la concesión de subvenciones que financian actuaciones de inversiones en obras y equipamiento, gastos corrientes y para el fomento de la competitividad y el empleo al amparo del Plan Dinamiza 4, aprobadas por el Decreto de la Presidencia de la Diputación de Badajoz de fecha 12 de diciembre de 2018 (BOP de Badajoz de fecha 17-12-2018), en cuanto contienen las menciones y requisitos de la aceptación y compromiso de retirada de vestigios de conformidad con el informe del Comité Provincial de Expertos.

Sin hacer expresa imposición respecto a las costas procesales causadas en las dos instancias jurisdiccionales.

Contra la presente sentencia sólo cabe recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. El recurso de casación se preparará ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura en el plazo de treinta días contados desde el día siguiente al de la notificación de la sentencia.

La presente sentencia sólo será recurrible ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante

del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

El escrito de preparación deberá reunir los requisitos previstos en los artículos 88 y 89 LJCA y en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el 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 6-7-2016).

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, según la reforma efectuada por LO 1/2009, de 3 de noviembre, deberá consignarse el depósito de 50 euros para recurrir en casación. Si no se consigna dicho depósito el recurso no se admitirá a trámite.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase testimonio junto con los autos, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a las partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.