R° 960/05
Registro General 10453/05

SENTENCIA N° 407

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION OCTAVA

Ilmos. Sres.

Presidente

Dña. Inés Huerta Garicano

Magistrados

D. Miguel Angel Vegas Valiente

Dña. Carmen Rodríguez Rodrigo

En la Villa de Madrid a veinticinco de febrero de dos mil nueve

VISTO por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los Autos del recurso contencioso-administrativo n° 960/05, interpuesto -en escrito presentado el 17 de marzo de 2005- por [redacted] actuando en nombre y representación de **JOSE-LUIS GARDON NUÑEZ**, al que se acumuló el R° 371/06 de la Sección Sexta de esta Sala y Tribunal, interpuesto –ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en escrito presentado el día 9 de mayo del mismo año- por el Procurador D. Carlos Ramos Alvarez, en representación de la **FUNDACION NACIONAL FRANCISCO FRANCO**, contra, respectivamente, la actuación administrativa consistente en la retirada, en la madrugada del día 17 de marzo, de la estatua ecuestre del General Franco, sita en la Pza. de San Juan de la Cruz de esta Capital y depositada, al parecer, en el almacén del Ministerio de Fomento (c/ Gregorio Benítez n° 18) y contra el requerimiento (efectuado en escrito presentado el 8 de

abril) de cesación de la vía de hecho consistente en el depósito fuera de su ubicación pública a la vista de los madrileños, de la expresada estatua ecuestre.

Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Interpuestos los recursos y seguidos los trámites prevenidos por la Ley –siendo acumulados por Auto de esta de 20 de diciembre de 2006 -, se emplazó a las partes demandantes para que formalizaran la demanda, lo que verificaron mediante escrito en los que postularon una sentencia por la que se declare la nulidad de pleno derecho de la actuación material constitutiva de vía de hecho consistente en desmontar, retirar, almacenar el monumento, condenando a la Administración a reponer el monumento a su estado primitivo, y el demandante D. José-Luis Gardón Núñez, además, instaba una indemnización por daño moral.

SEGUNDO: El Abogado del Estado contestó la demanda en escrito por el que solicitaba la desestimación del recurso.

TERCERO: Habiéndose recibido el proceso a prueba, y formulados escritos de conclusiones, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento.

CUARTO: Para votación y fallo del presente recurso se señaló la audiencia del día 24 de febrero de 2009, teniendo lugar.

QUINTO: En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales, habiendo quedado fijada en indeterminada la cuantía del pleito.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada de la Sección Iltma. Sra. Dña Inés Huerta Garicano.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Los fundamentos impugnatorios de las actoras son, básicamente y respecto del actor **Sr. Gardón Núñez**, que la actuación material impugnada es constitutiva de una vía de hecho por haberse llevado a acabo por órgano administrativo manifiestamente incompetente (la competencia viene atribuida al Ayuntamiento de Madrid.), sin procedimiento previo de descalificación y sin la oportuna licencia.

La otra actora, **Fundación Nacional Francisco Franco**, argumenta: **1)** La actuación constituye infracción urbanística por contravenir el vigente PGOU de Madrid de 1997, tipificada en el art. 224 en la Ley CAM 9/01, de 17 de julio; **2)** La estatua ecuestre retirada, de 6,5 metros de altura, es obra del escultor D. José Capuz, esculpida en bronce y en su actual ubicación desde 1959, recogiéndose como elemento urbano singular en el Catálogo de elementos protegidos en PGOU, con el número 40223-1, debiéndose tener presente que la catalogación supone una protección integral para los elementos singulares, tal como se prevé en los arts. 1.2.3.3 y 1.2.3 4 de las Disposiciones Generales e Instrumentos para el Desarrollo del PGOU de Madrid y la estatua retirada, con arreglo al art. 4.5.2 de las referidas Normas, tiene establecido el máximo nivel de protección, Nivel 1 de protección histórico-artística; **3)** El art. 4.5.4 de las Normas Urbanísticas del PGOU, en relación con los monumentos catalogados solo permite las obras de conservación,

mantenimiento, consolidación y, si es preciso, restauración, pero prohíbe expresamente la modificación de su emplazamiento (párrafo 4), salvo que se solicite acompañada "*de un estudio razonado*" y esté justificada "*siempre*" por "*demostrarse que la localización actual es incorrecta*" y "*probarse que la reinstalación en un emplazamiento anterior permitirá mejorar su visualización*"; **4)** No se han respetado ninguna de las referidas Normas Urbanísticas, ni tampoco se ha emitido dictamen por la "CIPHAN", al que se refiere el art. 4.11.1, habiéndose limitado el Ministerio de Fomento a encargar a un tercero –"TRAGSA"- la retirada del monumento con una mera solicitud de licencia municipal por actuación comunicada en la que ni siquiera se menciona el monumento, cuando debería haberse acudido al llamado procedimiento ordinario previsto en el art. 54.1 de la Ordenanza de tramitación de licencias para "*actuaciones urbanísticas que requieran proyecto técnico*", y para obras que afecten "*a edificios catalogados nivel I*" (art. 55.1 de la misma Ordenanza), sin que, obviamente, se hayan aportado (o, al menos, no figuran en el expediente) ninguno de los 8 tipos de documentos exigidos por el art. 37.1 de la misma; **5)** Estamos, afirma la Fundación General Franco, ante actuaciones formalmente legales, aunque material o sustantivamente ilegales por facultar actuaciones manifiestamente constitutivas de infracción urbanística. En cualquier caso, el art. 47 de la Ordenanza establece con toda claridad que nunca podrán adquirirse por silencio administrativo positivo facultades en contra de la ordenación urbanística o de la normativa ambiental aplicables y el art. 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por el Real Legislativo 1/92, de 26 de junio, afirma "*en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación de planeamiento urbanístico*" ; **6)** Además de infracción urbanística, integra una infracción del Patrimonio Histórico Español, tipificada en el art. 76.1 en relación con el 20.4 de la Ley 16/85, vulnerando la normativa protectora del Patrimonio Histórico de la Comunidad, cuyo objeto –art. 1 de la Ley CAM 10/98, de 9 de julio, del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid- es "*el enriquecimiento, salvaguarda y tutela del patrimonio histórico ubicado en la comunidad de Madrid, exceptuando el de titularidad estatal, para su difusión y transmisión a las generaciones venideras y el disfrute por la actual generación*": **7)** Constituye también una vía de hecho, y como tal, debe ser declarada al amparo del art. 33.2 LJCA, ya que no se ha seguido el

procedimiento legalmente establecido, no consta la resolución que sirva de fundamento a esa actuación material, ni se ha motivado la decisión. Todo ello integra una vulneración de los arts. 53, 93.1 y 54 LJCA; **8)** El encargo de desmontaje a "TRAGSA" supone también vulneración del procedimiento de contratación de la Ley 13/95, de Contratos.

El Abogado del Estado, por su parte y partiendo de que la vía de hecho viene configurada como actuación material de la Administración desprovista de la cobertura del acto legitimador o con tan graves defectos que supongan su nulidad radical o de pleno derecho, se opone a las pretensiones actoras con los siguientes argumentos jurídicos: **a)** El PGOU es un instrumento insuficiente para demostrar la condición de bien de patrimonio histórico artístico de la estatua ecuestre en la medida que dicha catalogación corresponde, según los caos, a la Administración General del Estado (Ley 16/85) o a las Comunidades Autónomas (arts. 21 y 28 de la Ley CAM 10/98, de 9 de julio) ; **b)** En cualquier caso, no es esa la principal disputa, sino los derechos que sobre la estatua ostente su propietario, en este caso, la Administración General del Estado, tal como queda acreditado en los folios 13 a 15 del expediente, que adquirió dicha estatua en virtud de acuerdo de cesión de la propiedad realizado por la Ciudad Universitaria de Madrid, y éstos son, en el hipotético caso que se considerase como un bien del patrimonio histórico (tal como lo define el art. 1.2º de la Ley 16/85, de 25 de junio) los de garantizar su "*conservación, mantenimiento y custodia*" y esta condición de dueño le da la cobertura jurídico-material necesaria para llevar a cabo la retirada de la estatua en la medida que se ha limitado a depositarla en el almacén ministerial, cumpliendo así los deberes de conservación y custodia, sin que con ello padezcan los arts. 44 y 46 de la CE que consagran la obligación de las Administraciones Públicas de proteger el patrimonio histórico, sino también el acceso de los ciudadanos a la cultura, ya que tales principios se han plasmado en el art. 13.2º de la Ley 16/85 y en la AD 4ª del Real Decreto 111/86, que restringe el acceso limitado a terceros solo respecto de bienes de interés cultural, por lo que al ser la Administración General del Estado propietaria de la estatua , en cuanto tal, tiene libertad absoluta para decidir sobre su ubicación ya que su derecho de propiedad solo está limitado por los deberes de conservación, mantenimiento y custodia, sin que su almacenaje perjudique los derechos e intereses de terceros; **c)** El art. 25

de la LBRL –a diferencia de su art. 26 que contiene una auténtica atribución de competencias a los Ayuntamientos- lo que recoge es un título de habilitación de competencias, lo que quiere decir que los Ayuntamientos ejercerán las competencias en la medida en que la legislación estatal o la autonómica se las reconozcan, sin que el hecho de que la estatua esté incluida como elemento histórico-artístico en el PGOUM atribuya competencia al Ayuntamiento para catalogar la estatua, ni sea obstáculo para que su titular –la Administración General del Estado- pueda decidir su cambio de ubicación, puesto que los instrumentos de planeamiento tiene mero carácter indicativo, debiendo acudirse al art. 25 de la Ley 16/85 y al art. 28 de la Ley CAM 10/98. En definitiva la retirada de la estatua no requiere procedimiento previo de descatalogación porque el Ayuntamiento no es competente para la catalogación, competencia que está atribuida a la Administración General del Estado o a la Comunidad Autónoma; **d)** Respecto de la cobertura formal para la retirada de la estatua, el art. 3.1° del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dispone que las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración Pública se excluyen del ámbito de aplicación de la precitada Ley, por lo que la encomienda gestión efectuada por la Subsecretaría de Fomento a TRAGSA, sociedad mercantil estatal, para la retirada de la estatua ofrece la suficiente cobertura formal a la actuación que las recurrentes consideran como vía de hecho. En definitiva, la actuación del Ministerio de Fomento goza de la suficiente cobertura material, formal y procedimental para excluir la vía de hecho, siendo las cuestiones relativas a la licencia municipal ajenas a la encomienda de gestión por lo que no afecta a la validez de la citada encomienda, sino al ejercicio de las potestades que tenga atribuidas el órgano competente para la imposición de las medidas correctoras, por lo que cualquier vulneración de la Ordenanza de tramitación de licencias y régimen urbanístico no puede hacerse valer en este procedimiento, sino ante el órgano que tenga atribuidas tales competencias, debiendo recordarse que el Ayuntamiento no ha opuesto reparo alguno a la actuación del Ministerio de Fomento; **e)** En trámite de conclusiones, el Abogado del Estado entiende que se ha producido una pérdida sobrevenida del objeto del pleito en la medida que desde el 28 de diciembre de 2007 está en vigor la Ley 52/07, cuyo art. 15 exige a las Administraciones la retirada de cuantos elementos o

Capítulo 4.5 "Catálogo de monumentos públicos y elementos urbanos singulares", su art. 4.5.1 dice que el Catálogo "*es el instrumento de protección individualizada de aquellos considerados como monumentos conmemorativos o de ornato público, así como de las construcciones de valor que no tengan el carácter de edificio. El catálogo se compone de: 1. Listado de monumentos y elementos singulares catalogados, con expresión de su emplazamiento y nivel o grado de protección……*.". Cada monumento dispone de una ficha de catálogo individualizada. La Estatua Ecuestre figura en el Catálogo como Elemento Urbano Singular, con el nº 40223-1, obra del escultor José Capuz, 1959, situación Nuevos Ministerios, con protección histórico-artística. Como intervenciones permitidas figura "*Reposición de elementos originales. Traslado permitido*" (folio 695 de los autos).

d) En sesión de 3 de noviembre de 2004, la Comisión de Administraciones Públicas del Congreso aprobó, como Proposición no de Ley, "*Instar al Gobierno a que proceda a la retirada* ***en el plazo más breve posible a lo largo de la presente legislatura*** *de los símbolos procedentes de la dictadura franquista, por su carácter inconstitucional, que todavía perduran en los edificios de titularidad del Estado,* ***con atención a las determinaciones legales vigentes en materia de protección del patrimonio histórico-artístico……."*** (folios 1 a 9 expediente).

e) La Ilma. Sra. Subsecretaria del Ministerio de Fomento, en escrito de 22 de enero de 2005, conforme al presupuesto recibido, encomendó a "TRAGSA" "*la realización de los trabajos de retirada y transporte hasta el almacén de los elementos arquitectónicos que requiere el acondicionamiento de los accesos al recinto de Nuevos Ministerios, situados en la Pza. de San Juan de la Cruz*".

f) El 24 de febrero de 2005 se presentó en el Registro del Ayuntamiento, por "TRAGSA" una solicitud de licenciada urbanística por actividad comunicada, con una duración de 1 ó 2 jornadas, sin escombros.

consistente en "*la colocación de andamios para revisión de piezas de fachada y anclaje de elementos ornamentales (C/ retirada si procede)*".

g) El **16 de marzo del mismo año**, se remitió por correo certificado, desde el Ministerio de Fomento, nueva solicitud de la referida mercantil de licencia comunicada "*que **sustituye a la presentada** el 24-2-05.....*", en la que –en el apartado relativo a la descripción de las obras a realizar- se dice "*retirada de elementos arquitectónicos-ornamentales del acceso al recinto de Nuevos Ministerios-Pza. San Juan de la Cruz (entrada Ministerio Medioambiente) por encargo del Ministerio de Fomento*".

h) En la madrugada del día **17 del citado mes y año**, se procedió a la retirada de la estatua ecuestre.

i) En escrito presentado en el Ministerio de Fomento el día 8 de abril del citado 2005, la hoy actora "**FUNDACION NACIONAL FRANCISCO FRANCO**", requirió a la Excma. Sra. Ministra de Fomento "*a la cesación de la vía de hecho consistente en el depósito fuera de su ubicación pública a la vista de los madrileños de la estatua ecuestre del Generalísimo Franco. .....*".

TERCERO: A la hora de abordar la actuación administrativa enjuiciada, conviene tener presente que en materia de patrimonio histórico-artístico confluyen las competencias de las tres Administraciones Territoriales: **1) La Administración General del Estado** a la que, conforme al art. 149.1.28 CE, le compete "*a defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas*". Para el cumplimiento de este mandato constitucional se dictó la Ley 16/85, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, cuyo objeto –art. 1- es "*la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español*", **2) Las Administraciones Autonómicas, y, por lo que aquí interesa, la Comunidad de**

Madrid, que en el art. 26 de su Estatuto de Autonomía, "*apartados 13 y 14, establece la plenitud de función legislativa en patrimonio monumental de interés de la Comunidad y en archivos, bibliotecas, museos, hemerotecas, conservatorios de música, servicios de bellas artes y demás centros de depósito cultural o colecciones de naturaleza análoga que no sean de titularidad estatal*", tal como reza el Preámbulo de la Ley CAM 18/98, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad y en la que se reconoce "*La colaboración con los Ayuntamientos de la Comunidad de Madrid se ha considerado desde dos puntos de vista, el que se recoge en las disposiciones generales como deber genérico que obliga a todas las Administraciones Públicas, y mediante la atribución de competencias a los municipios para un más eficaz control de la protección del patrimonio histórico radicado en su término, incluyendo la potestad sancionadora.*" El objeto de la Ley –art. 1.1- es "*.....el enriquecimiento, salvaguarda y tutela del patrimonio histórico ubicado en la Comunidad de Madrid, exceptuando el de titularidad estatal..*". Su art. 34, sobre Información contenida en el Inventario y los Catálogos de Planeamiento, dispone: "*Los servicios técnicos de la Consejería de Educación y Cultura actualizarán y homogeneizarán el Inventario previsto en esta Ley y los Catálogos de Planeamiento, para lo cual coordinará sus actuaciones con la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes y los Ayuntamientos respectivos a fin de poder ofrecer una mejor y más completa información a los ciudadanos*"; 3) **Las Administraciones Locales** que, conforme, al art. 25.2.e) de la Ley 7/85, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local "*ejercerá en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas*" en materia de patrimonio histórico-artístico.

Sobre la base de esta normativa, la estatua ecuestre del General Franco, como se decía en el precedente Fundamento, figura en el Catálogo del PGOUM (anterior a la Ley CAM 10/98) como Elemento Urbano Singular, con el nº 40223-1 (Nivel de protección 1), obra del escultor José Capuz, 1959.

Su art. 4.5.4: Obras permitidas (N-1) dispone: "*1 Las actuaciones permitidas sobre todos los monumentos catalogados serán las de conservación, mantenimiento y consolidación. Si es preciso se acometerán las obras de restauración que el monumento demande 2 Las obras de restauración requerirán la elaboración previa de un proyecto redactado por*

técnicos competentes y en el caso de tratarse de una obra con protección Histórico-Artística aquél deberá ser aprobado por la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando.
3. No se permitirán actuaciones de reestructuración ni demolición Cuando exista documentación original, boceto o reproducciones que permitan conocer la disposición primitiva de partes perdidas, se permitirá la reposición de estos elementos
4. No se permitirá la modificación de su emplazamiento cuando.
a) Sea el original del monumento
b) Aún sin ser el original, forme ya parte de la historia de la ciudad debido a su integración en la misma
5. Las excepciones al punto anterior deberán solicitarse acompañadas de un estudio razonado y habrán de estar justificadas siempre por.
a) Demostrarse que la localización actual es incorrecta
b) Probarse que la reinstalación en un emplazamiento anterior permitirá mejorar su visualización.
Se podrá asimismo permitir la sustitución o reposición de elementos originales, así como el pedestal, cuando se considere oportuno, para lograr la unidad artística del conjunto monumental"

CUARTO: La cuestión litigiosa aquí planteada se limita, única y exclusivamente, a determinar si la actuación del Ministerio de Fomento al retirar la estatua ecuestre de Franco sita en la Pza. de Nuevos Ministerios en la madrugada del día 17 de marzo de 2005 es –o no- constitutiva de una vía de hecho, sin que quepa pronunciamiento alguno acerca de la eventual infracción urbanística alegada por una de las la actoras –**FUNDACION NACIONAL FRANCISCO FRANCO-**, pues los órganos del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo carecen de potestad sancionadora en el ámbito administrativo, siendo su actuación de naturaleza revisora, en la medida que queda limitada al enjuiciamiento de la legalidad de una actuación administrativa previa, en torno a la cual la parte actora deduce sus pretensiones. La denuncia de esa eventual infracción urbanística debió realizarse ante el Ayuntamiento o, en su caso, ante la Comunidad Autónoma, que son las Administraciones que ostentaban esa potestad sancionadora y que, en todo caso, al haber sido un hecho notorio y de extraordinaria relevancia mediática, tuvieron puntual conocimiento desde la misma fecha de la retirada. Incluso, tal como quedó acreditado con

la testifical practicada, un Inspector de Disciplina Urbanística de la Junta Municipal de Chamberí, de oficio, emitió Informe (cuya copia aportó y que obra en el folio 696 de los autos) que, dijo, fue elevado a la Jefatura de la Sección de Disciplina Urbanística.

Dicho cuanto antecede, no existe una definición legal de la vía de hecho (construcción del Consejo de Estado francés), regulada por vez primera en nuestro Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo en el art. 30 de la vigente Ley Jurisdiccional, cuya Exposición de Motivos destaca como novedad "*el recurso contra las actuaciones materiales en vía de hecho Mediante este recurso se pueden combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase*".

La vía de hecho, pues, supone una actuación **material** de la Administración carente de un acto administrativo previo que la legitime (art. 93.1 de la Ley 30/92), siempre, claro está, que dicha actuación lesione derechos e intereses legítimos, o bien cuando esa actuación se produce al margen de las normas competenciales o procedimentales legalmente establecidas, o, como dice el Sr. Abogado del Estado en su contestación, es toda actuación material de la Administración desprovista de la cobertura del acto legitimador o con tan graves defectos que supongan su nulidad radical o de pleno derecho.

En primer lugar, la Proposición no de Ley de 3 de noviembre de 2004, en aplicación de la cual el Ministerio de Fomento ordenó la retirada de la escultura, instaba "*al Gobierno a que proceda a la retirada **en el plazo más breve posible a lo largo de la presente legislatura** de los símbolos procedentes de la dictadura franquista, por su carácter inconstitucional, que todavía perduran en los edificios de titularidad del Estado, **con atención a las determinaciones legales vigentes en materia de protección del patrimonio histórico-artístico**.....*".

Y esas determinaciones legales vigentes en materia de protección del patrimonio histórico-artístico no son solo, como pretende la Abogacía del Estado, las contenidas en la Ley 16/85, de Patrimonio del Estado (relativas al Patrimonio histórico español) y en la Ley CAM 18/98, del Patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid, sino también la normativa local de protección del Patrimonio histórico y natural del municipio de Madrid, contenidas en el PGOUM de 1997, Título IV, y totalmente compatibles con el Inventario de bienes protegidos por la CAM, tal como resulta del art. 34 de la Ley CAM 18/98, transcrito en el Fundamento de Derecho precedente.

Como ha quedado acreditado, la estatua figura en el Catálogo como Elemento Urbano Singular, con el nº 40223-1 (Nivel de protección 1), obra del escultor José Capuz, 1959, situación Nuevos Ministerios, con protección histórico-artística, por lo que las únicas actuaciones permitidas eran las establecidas en el Título 4, Capítulo 4.5, art. 4.5.4 del PGOUM.

Dicha estatua, en contra de lo manifestado por el Sr. Abogado del Estado, no consta que sea propiedad del Ministerio de Fomento, ni siquiera de la Administración General del Estado, pues en el expediente figura que fue construida y era propiedad de la Universidad de Madrid, sin que del documento nº 3 del expediente administrativo -de 3 de julio de 1959- se infiera traspaso alguno de su propiedad al entonces Ministerio de la Vivienda, pues como quedaba reflejado en el apartado b) del Fundamento de Derecho Segundo, la estatua, propiedad de la Junta de la Ciudad Universitaria era entregada para *"su emplazamiento en el Ministerio de la Vivenda.....con carácter provisional y a reserva de lo que los Excmo.. Sres. Ministros de Educación Nacional y de la vivienda acuerden respecto al definitivo emplazamiento e importe del valor de todas sus partes...."*. Luego lo único que queda claro con dicho documento es que la propiedad corresponde a la Universidad y se cede para su emplazamiento provisional en el Ministerio de la Vivienda y a reserva de ulteriores acuerdos cuya existencia no consta. Sin que, en todo caso, la propiedad de un elemento singular catalogado autorice a su titular a disponer del

bien como mejor le parezca, pues esa catalogación –medida de protección del elemento- supone una limitación al libre ejercicio de derecho de propiedad.

Por tanto, entendemos. que para su retirada debía haberse contado con la Universidad Complutense de Madrid, propietaria, en principio y ante la ausencia de otra documentación justificativa de la transmisión de la propiedad, de la estatua.

En el caso de autos, el Ministerio de Fomento procedió, a través de una sociedad estatal instrumental (TRAGSA), a la retirada de la estatua, obviando el procedimiento específicamente establecido, pues se verificó –en la madrugada del dia 17 de marzo de 2005- sobre la base de una solicitud de licencia para actuación comunicada remitida por correo certificado el día anterior, en la que se hacía constar que su objeto –sin identificar la estatua- era la "*retirada de elementos arquitectónicos-ornamentales de acceso al recinto de Nuevos Ministerios-Pza. San Juan de Cruz (entrada Ministerio de Medio Ambiente....*".

Consiguientemente, careciendo de la preceptiva licencia , ya que la retirada de la estatua catalogada como elemento urbano singular no puede ser objeto de este tipo de licencias (art. 49 de la Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas, aprobada el 23/12/04, B.O. del Ayuntamiento de Madrid de 13 de enero de 2005 y B.O.C.A.M de 7 del mismo mes y año), sino de licencia ordinaria y, en todo caso, no se había producido el plazo del silencio y, éste sería negativo (art. 47.a) de la citada Ordenanza).

Concurren, pues, a juicio de esta Sala y Sección, todos los requisitos para calificar la actuación del Ministerio de Fomento, en la retirada y almacenaje de la estatua ecuestre de Francisco Franco, de vía de hecho en la medida que se ha realizado por un órgano. en principio, incompetente ya que no consta fuera el propietario de la escultura catalogada, y al margen del procedimiento legalmente establecido, sin que la Proposición no de Ley mencionada constituyera titulo habilitante para una actuación inmediata y al margen de la normativa aplicable, lo que ha de conducir a la declaración de nulidad de pleno derecho de

esa actuación material del Ministerio de Fomento al retirar la tan citada estatua en la madrugada del día 17 de marzo de 2005, sin la imprescindible cobertura material y formal.

QUINTO: Si bien toda declaración de nulidad de una actuación constitutiva de vía de hecho lleva aparejada indefectiblemente, como así postulan las actoras, la reposición inmediata de lo realizado sin esa cobertura material ni formal, lo que en este caso supondría la colocación de la estatua en su emplazamiento de la Pza. de San Juan de la Cruz, dicha pretensión, actualmente, hay que considerar que ha devenido ya sin objeto, en la medida que, conforme al art. 15 –Símbolos y monumentos públicos- de la Ley 52/07, de 26 de diciembre: "*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……*" , y ello porque, dados los términos imperativos del precepto, la reubicación de la estatua, para proceder a su posterior e inmediata retirada tras el procedimiento legalmente establecido, carece de finalidad práctica y no deja de ser un mero simulacro efectista vacío de contenido.

Por último y en cuanto a la indemnización solicitada por el Sr. Gardón Núñez por daño moral, en la media que no justifica su vinculación con la estatua a efectos de apreciar el daño moral cuya reparación postula, carga procesal que incumbe a quien formula tal pretensión, no procede su estimación.

SEXTO: Los razonamientos precedentes llevan a la estimación parcial de los recursos, sin que proceda hacer pronunciamiento en materia de costas, dado el tenor del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción.

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO PARCIALMENTE** el recurso contencioso-administrativo n° n° 960/05, interpuesto -en escrito presentado el 17 de marzo de 2005- por el Procurador D. Bernardo Cobo Martínez de Murguía, actuando en nombre y representación de **JOSE-LUIS GARDON NUÑEZ**, al que se acumuló el R° 371/06 de la Sección Sexta de esta Sala y Tribunal, interpuesto –ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en escrito presentado el día 9 de mayo del mismo año- por el Procurador D. Carlos Ramos Alvarez, en representación de la **FUNDACION NACIONAL FRANCISCO FRANCO**, contra la actuación administrativa consistente en la retirada, en la madrugada del día 17 de marzo, de la estatua ecuestre del General Franco, sita en la Pza. de San Juan de la Cruz de esta Capital y depositada, al parecer, en el almacén del Ministerio de Fomento (c/ Gregorio Benítez n° 18), **debemos declarar y declaramos la nulidad de pleno derecho de la actuación material del Ministerio de Fomento en cuanto constituye una vía de hecho, sin que se acojan el resto de las pretensiones por las consideraciones efectuadas en el Fundamento de Derecho Quinto**. Sin costas.

Esta Resolución, dado que la cuantía del pleito se fijó en indeterminada, no es firme y frente a ella cabe interponer recurso de casación que se preparará, mediante escrito presentado en la Secretaría de esta Sección (art. 89 LJCA), en el plazo de **diez días**, computados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución.

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

PUBLICACIÓN: En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior sentencia por la Magistrado Ponente Iltma. Sra. Dña. Inés Huerta Garicano, estando celebrando audiencia pública esta Sección. de lo que como Secretario de la misma. Doy fe.