



R. CASACION núm.: 8659/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Concepción De
Marcos Valtierra

TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: PRIMERA

AUTO

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D.^a Celsa Pico Lorenzo

D. Fernando Román García

D. Isaac Merino Jara

En Madrid, a 15 de marzo de 2023.

HECHOS

PRIMERO.- Antecedentes fácticos relevantes.

I.- En fecha 5 de junio de 2019, la Asociación Impulso Ciudadano dirigió escrito al President de la Generalitat de Cataluña en el que hacía constar que

el 27 de mayo de 2019, una vez acabados los periodos correspondientes a las elecciones locales y europeas, se había vuelto a colocar en la fachada del Palau de la Generalitat una pancarta reclamando la “*libertad de los presos políticos y exiliados*”, en catalán y en inglés, con un lazo amarillo, continuando colocada en ese lugar el día 5 de junio de 2019. Esta pancarta u otra similar había sido retirada después de que lo ordenara la Junta Electoral.

En dicho escrito, la citada Asociación señalaba que ello podía dar lugar a un acto nulo de pleno derecho por vulnerar los derechos fundamentales referidos al pluralismo político y a la libertad ideológica, y estar afectado por desviación de poder, invocando al respecto la STS de 28 de abril de 2016 que confirmó la decisión de la Junta Electoral Central de retirar esteladas de los edificios públicos y que ha sido aplicada a otros símbolos y espacios de titularidad pública en las recientes contiendas electorales; dando lugar, entre otros, al acuerdo de la JEC 383/2019, de 21 de mayo, en el que se establecía que el deber de neutralidad política de todos los poderes públicos durante esos procesos electorales exige la eliminación de todo símbolo partidista en los espacios públicos que estén bajo el control de una Administración pública.

Alegaba la Asociación que la colocación de esa pancarta sin acuerdo conocido debía de entenderse como una actuación material de hecho, lo que determinaba que estuviésemos en presencia de un acto nulo de pleno derecho y justificaba la intimación ejercitada a fin de que cesaran los efectos de la colocación, conforme al artículo 30 de la LJCA. Por ello, finalizaba su escrito la Asociación solicitando la inmediata retirada de aquélla.

II.- Al no obtener respuesta favorable a su escrito, la citada Asociación interpuso recurso contencioso-administrativo nº 190/2019 contra la actuación del Gobierno de la Generalitat de Cataluña constitutiva de vía de hecho.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) dictó la sentencia nº 1.914/2021, de 28 de abril, estimando parcialmente el citado recurso y declaró la disconformidad

a derecho de aquella actuación, confirmando la retirada de la pancarta y símbolo anexo, con desestimación del recurso en lo demás solicitado por la parte actora.

En su fundamentación, la Sala de instancia comenzó por rechazar la alegación de la Generalitat de Cataluña de que debía inadmitirse la demanda por falta de jurisdicción, al haberse interpuesto el recurso contra una actividad no susceptible de impugnación, dado que la decisión del President no era propiamente una vía de hecho, porque no se trataba del ejercicio de una potestad administrativa, sino de un ejercicio de la libertad de expresión de aquél. Señaló la Sala a este respecto que se trataba de una actuación con específicas características, consistente en hacer uso con finalidades partidistas de la fachada de un bien de dominio público destinado al uso general -el Palau de la Generalitat- por parte de un órgano de la institución, como es el titular de la Presidencia. Y, tras recordar la doctrina establecida en las SSTS de 28 de junio de 2019 (RC 352/2018) y 26 de mayo de 2020 (RC 1327/2018), así como en el ATS de 4 de noviembre de 2019, concluía la Sala: *“Por todo ello, en definitiva, la actuación que funda el presente recurso contencioso sí resulta fiscalizable por este orden jurisdiccional y ello, por la vía del art. 30 LJCA invocada por la parte actora, como actuación material por vía de hecho, no documentada de ningún modo”.*

A continuación, la Sala de instancia rechazó la alegación de la Generalitat referida a la falta de legitimación activa de la Asociación recurrente con invocación de lo razonado en el ATS de 19 de septiembre de 2019, en la STS de 9 de julio de 2013 (RC 357/2011) y en las SSTC 218/2009, 28/2009, 282/2006 y 184/2008, y conforme a lo dispuesto en los artículos 19.1 b) LJCA y 7.3 LOPJ, y a la doctrina constitucional y de esta Sala del Tribunal Supremo reseñadas.

Respecto del fondo del asunto, la Sala reiteró su rechazo a la alegación de la Generalitat de que estuviéramos ante un ejercicio de la libertad de expresión del President de la Generalitat, argumentando que la actuación objeto de enjuiciamiento comportaba el uso con finalidades partidistas (por

cuanto los símbolos ideológicos utilizados tan sólo son compartidos por una parte de la ciudadanía) de la fachada de un edificio de titularidad pública como es el Palau de la Generalitat, por parte de un órgano de la Institución, estando sujeta esta última al principio de objetividad y de neutralidad institucional contemplado en el artículo 103.1 CE, en relación con los de pluralismo político y libertad ideológica derivados de los artículos 1.1 y 16.1 CE.

Y, en relación con ello, indicaba la existencia de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, citando expresamente las siguientes sentencias de esta Sala: STS de 28 de abril de 2016 (recurso 827/2015); STS de 26 de mayo de 2020 (recurso 1327/2018); y STS de 15 de marzo de 2021 (recurso 346/2019).

Reiteraba también la sentencia (Fundamento Quinto) lo manifestado en el auto dictado en la pieza de medidas cautelares en fecha 4 de noviembre de 2019 (FJ 3º), en el que se apreció la falta de semejanza entre el presente supuesto y los que fueron objeto de diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos invocadas por la parte demandada, concretamente las SSTEDH de 20 de noviembre de 2018 (asunto Toranzo Gómez v. España), de 29 de marzo de 2016 (asunto Bédat v. Suiza), de 6 de diciembre de 2016 (asunto Bélgica v. Turquía), y de 16 de septiembre de 2014 (asunto Karácsony y otros v. Hungría).

Y finalizaba la sentencia señalando en su Fundamento Sexto: *“Cabe concluir pues, que la valoración conjunta de los principios y derechos resultantes de los arts. 1.1, 9.1, 9.3, 16.1, 20.1, 103.1 y 106.1 CE, a la luz de la doctrina jurisprudencial que se ha reseñado, puestos en relación con la actuación objeto de enjuiciamiento y sus específicas características, que se han puesto de manifiesto, determinan la ilegalidad de la misma, debiendo entenderse justificada la restricción inherente, del invocado derecho MH President de la Generalitat a la libertad de expresión”*.

Ello no obstante, se indicaba en el Fundamento Séptimo que la estimación del recurso debía ser parcial, dado que la parte actora había

introducido en la demanda un hecho y un acto (la colocación de una nueva pancarta en la fachada del Palau de la Generalitat) posteriores al que había sido objeto del escrito de interposición del presente recurso contencioso, sin solicitar ni acordarse la ampliación del objeto del proceso al segundo hecho y acto de referencia, siendo -además- considerada la nueva pancarta como inocua por la Presidencia de la Junta Electoral Central.

SEGUNDO.- El escrito de preparación.

I. El Abogado de la Generalitat de Cataluña ha preparado recurso de casación frente a la referida sentencia, en el que, tras justificar la concurrencia de los requisitos de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución y hacer referencia al debate suscitado y a los antecedentes del caso, en relación con la cuestión de interés casacional propuesta, identifica las siguientes infracciones:

1) Del artículo 19.1.b) de la LJCA, por cuanto la sentencia recurrida interpreta este artículo en contra de la STS nº 2/2021, de 5 de enero, (RC 1890/2019) respecto de la falta de legitimación activa de las asociaciones al margen de las previsiones de sus estatutos, por lo que debió acordarse la inadmisión del recurso;

2) De los artículos 20.1.a) CE, 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la jurisprudencia del TEDH y del TC que los han interpretado, porque al impedir que el President de la Generalitat pueda, en la sede del Gobierno, realizar determinados tipos de manifestaciones políticas o pronunciamientos, se vulnera su libertad de expresión;

3) Del artículo 23 CE y de la jurisprudencia del TC que lo ha interpretado, porque al impedir que el President de la Generalitat pueda realizar en la sede del Gobierno determinados tipos de manifestaciones políticas o pronunciamientos en ejercicio de dicho cargo, se vulnera su

derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, en la faceta del derecho a ejercer el cargo público;

4) De los artículos 25 y 30 LJCA y de la jurisprudencia que los ha interpretado, al considerar la sentencia que el ejercicio de la libertad de expresión o las manifestaciones realizadas en el ejercicio de un cargo público tienen cabida en el concepto de vía de hecho.

II. El escrito alude a la concurrencia de los supuestos que, de acuerdo con los apartados 2 y 3 del artículo 88 LJCA, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, señalando al efecto, en síntesis, lo siguiente:

1) La sentencia recurrida establece una doctrina especialmente dañina para los intereses generales [artículo 88.2.b) LJCA].

La interpretación de la libertad de expresión y del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, en la faceta del derecho a ejercer el cargo público, realizada por la sentencia recurrida es especialmente dañina para los intereses generales porque impide que en una sociedad democrática un cargo público pueda libremente expresar sus posicionamientos en cualquier lugar y bajo las distintas formas admitidas. Igualmente es especialmente dañina para los intereses generales la ampliación del concepto de vía de hecho que realiza la sentencia recurrida, al considerar como tal el ejercicio de derechos y libertades fundamentales.

2) La sentencia recurrida afecta a un gran número de situaciones porque trasciende del caso objeto del proceso [artículo 88.2.c) LJCA].

Y trasciende de este recurso porque, de consolidarse su doctrina, puede afectar de forma general a todos los cargos públicos que pretendan realizar libremente distintas manifestaciones en ejercicio de su cargo y de su libertad de expresión.

3) La sentencia recurrida aplica normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no existe jurisprudencia [artículo 88.3.a) LJCA].

No existe jurisprudencia sobre el uso de pancartas como forma de manifestarse los cargos públicos en ejercicio de su libertad de expresión y de su derecho a ejercer el cargo público, que contraponga estos derechos con los principios de objetividad y neutralidad. Las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que cita la sentencia recurrida se refieren al uso y exhibición por un poder público de determinadas banderas no oficiales ("*banderas esteladas*") fundamentalmente en período electoral.

TERCERO.- Auto teniendo por preparado el recurso y personaciones.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña tuvo por preparado el recurso por auto de 26 de octubre de 2021, emplazando a las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Se han personado la Generalitat de Cataluña, en concepto de parte recurrente, y la Asociación Impulso Ciudadano, como parte recurrida.

En fecha 23 de febrero de 2023 el Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo presentó escrito formulando abstención por las causas previstas en los artículos 217 y 221.1 de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, habiendo sido aceptada dicha abstención en virtud de auto de fecha 1 de marzo de 2023, designándose en éste como nuevo ponente al Excmo. Sr. D. Fernando Román García.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Román García, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Sobre la procedencia de inadmitir el recurso de casación, pese a haberse tenido por preparado por la Sala de instancia.

Conforme a las previsiones de la LJCA (artículos 89 y 90), corresponde a la Sección Primera de esta Sala adoptar la decisión de admitir o inadmitir a trámite el recurso. Por ello, como ya dijimos en los autos de 30 de marzo de 2017 (RC 266/2016) y de 13 de noviembre de 2017 (RQ 319/2017) y, más recientemente, en la providencia de 15 de marzo de 2023 (RC 6650/2022), el hecho de que el órgano judicial de instancia haya tenido por preparado el recurso, no dispensa a este Tribunal Supremo de su obligación de examinar la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 89.2 LJCA ni, consecuentemente, de decidir lo que resulte procedente acerca de la admisión o inadmisión del recurso de casación.

El referido artículo 90 prevé, además, que la resolución sobre admisión o inadmisión del recurso puede adoptar la forma de auto o de providencia, según los casos. Añadiendo, respecto de las providencias de inadmisión, que únicamente indicarán si en el recurso de casación concurre una de estas circunstancias: a) ausencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación o recurribilidad de la resolución impugnada; b) incumplimiento de cualquiera de las exigencias que el artículo 89.2 impone para el escrito de preparación; c) no ser relevante y determinante del fallo ninguna de las infracciones denunciadas; o d) carencia en el recurso de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Pero, nada impide que, ante la concurrencia de alguna de las circunstancias mencionadas, la decisión de inadmisión se adopte mediante auto y no por providencia.

SEGUNDO.- La falta de interés casacional del presente recurso.

I. En este caso, procede la inadmisión a trámite del recurso por carencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia [artículo 90 LJCA en relación con el artículo 89.2.f) de la misma ley], dada la falta de justificación adecuada de los supuestos de interés casacional que concurren en relación con las infracciones que se denuncian y respecto de las cuales se esgrime un determinado juicio de relevancia.

Así, es genérica la mención de los supuestos de los apartados b) y c) del artículo 88.2 LJCA en cuanto a las infracciones relativas a la falta de legitimación activa de la asociación recurrente y que la actuación recurrida no es una vía de hecho. En cuanto a las infracciones referidas a la libertad de expresión y del derecho a ejercer el cargo público, igualmente, la justificación de las mismas es defectuosa por insuficiente, teniendo en cuenta no solo las sentencias de esta Sala que se citan en la sentencia recurrida sobre los principios de objetividad y neutralidad institucional en relación con el pluralismo político y libertad ideológica, sino también otras como las SSTS de 18 de junio de 2014 (RC 555/2012), 14 de noviembre de 2014 (RC 288/2012) y de 28 de abril de 2016 (RC 827/2015), no justificándose de manera suficiente la necesidad de precisar o modificar la doctrina existente al respecto, máxime cuando también la sentencia recurrida se apoya en la doctrina del Tribunal Constitucional, sin que la parte recurrente invoque al respecto el motivo del apartado e) del artículo 88.2 LJCA.

II. Adicionalmente, conviene precisar que la argumentación empleada por la Generalitat para fundamentar la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo no puede ser acogida porque basta la mera lectura de la sentencia impugnada y, especialmente, la de las diversas sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que aquélla toma en consideración, para constatar que ya existe una doctrina consolidada en relación con los principios y derechos invocados en este litigio, conclusión que

se refuerza a la vista de la fundamentación contenida en las SSTs nº 743/2021, de 26 de mayo (RC/A 141/2020); nº 464/2021, de 5 de abril (RC/A 20/2020); nº 360/2021, de 15 de marzo (RC/A 346/2019); y nº 564/2020, de 26 de mayo (RC 1327/2018).

Esa doctrina establece con claridad el deber de objetividad y neutralidad que se impone a las Administraciones Públicas en relación con la utilización, incluso ocasional, de banderas y símbolos no oficiales en el exterior de los edificios y espacios públicos, y proscribire la privatización de espacios públicos, de uso común, mediante su ocupación por elementos que puedan representar una opción partidista con vulneración de los citados principios de objetividad y neutralidad institucional.

Y esa doctrina jurisprudencial y constitucional reiterada también se ha proyectado sobre el derecho fundamental a la libertad de expresión, estableciendo sin género de dudas que en ningún caso son titulares de ese derecho fundamental las instituciones públicas o sus órganos, no pudiendo equipararse la posición de los ciudadanos y la de las instituciones públicas en el disfrute de la libertad de expresión. Por otra parte, la actuación a la que se refiere este caso fue realizada por el Presidente de la Generalitat de Cataluña en su condición de tal, es decir, como cargo público y -conforme a la doctrina constitucional- en el ejercicio de ese cargo, su conducta no puede ser analizada desde la óptica de la ponderación de un derecho fundamental subjetivo, sino desde el ámbito de las atribuciones y de los límites establecidos en el ordenamiento jurídico.

Esta doctrina ha sido confirmada con meridiana claridad en la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional nº 25/2022, de 23 de febrero de 2022, dictada en el recurso de amparo 4586-2020, interpuesto por D. Joaquim Torra i Pla, respecto de las sentencias de las Salas de lo Penal del Tribunal Supremo y de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que le condenaron por un delito de desobediencia.

III. En consecuencia, en el presente caso estamos ante la aplicación por parte de la Sala de instancia de una doctrina jurisprudencial y constitucional reiterada y consolidada, por lo que no estimamos preciso que esta Sala efectúe un nuevo pronunciamiento al respecto para confirmarla, matizarla o rectificarla. Y no obsta a esta conclusión la discrepancia que la Generalitat de Cataluña pueda mantener con los razonamientos y fallo de la sentencia impugnada, dado que la expresión de esa discrepancia en ningún caso puede estimarse suficiente, por sí sola, para eludir la justificación de la necesidad de matizar o corregir la doctrina citada.

TERCERO.- Conclusión y costas.

En atención a lo expuesto, procede inadmitir el recurso preparado por la Generalitat de Cataluña contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña e imponer a la parte recurrente las costas procesales por importe de mil euros (1.000 €), como cifra máxima, por todos los conceptos, más IVA si procediere, a favor de la parte recurrida.

La Sección de Admisión acuerda: INADMITIR el recurso de casación nº 8659/2021 preparado por la Generalitat de Cataluña contra la sentencia nº 1.914/2021, de 28 de abril, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) en el recurso contencioso-administrativo nº 190/2019, con imposición de costas a la parte recurrente en los términos señalados en el último fundamento jurídico de la presente resolución.

Contra la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.5 LJCA, no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan y firman.

