



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Pieza separada suspensión 190/2019 FASE : AQ

Parte actora: IMPULSO CIUDADANO

Representante de la parte actora: _____

Parte demandada: DEPARTAMENT DE LA PRESIDÈNCIA DE LA GENERALITAT

Representante de la parte demandada: ADVOCAT DE LA GENERALITAT

AUTO

ILMOS. SRES.:

Presidente:

D. José Manuel de Soler Bigas

Magistrados:

D. Francisco José Sospedra Navas

D. Eduardo Paricio Rallo

Dña. Elsa Puig Muñoz

ES COPIA

En Barcelona, a 19 de septiembre de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO - La presente Pieza Separada de Medidas Cautelares deriva del Recurso Ordinario num. 190/2019, que se sigue a instancias de la Asociación IMPULSO CIUDADANO, representada por el Procurador de los Tribunales D. _____ y defendida por Letrado, siendo parte demandada la GENERALITAT DE CATALUNYA, representada y defendida por el Abogado de la Generalitat.

Constituye el objeto del proceso, en los términos del escrito de interposición del recurso contencioso, la impugnación por la Asociación actora de "la actuación del Gobierno de la Generalitat de Catalunya constitutiva de vía de hecho consistente en la colocación en la fachada del Palau de la Generalitat que da a la Plaza de Sant Jaume de Barcelona el pasado 27 de mayo de 2019 de una pancarta que reclama la "libertad de los presos políticos y exiliados", en catalán y en inglés, con un lazo amarillo que acompaña la citada leyenda y con estimación del mismo condene a la Administración a la cesación de dicha situación".





SEGUNDO - Por la parte actora, mediante Otrosí contenido en el referido escrito de interposición del recurso contencioso, se solicitó, con fundamento en los alegatos contenidos en el mismo, *"Que (se) adopte la medida cautelar consistente en ordenar al Presidente de la Generalitat que proceda a retirar la pancarta a favor de los presos políticos y de los exiliados junto a un lazo amarillo en el balcón del Palau de la Generalitat de Cataluña"*.

Conferido a la parte demandada el traslado previsto en el art. 131 de la LJCA, lo ha evacuado su representación procesal mediante escrito en el que, también con fundamento en los alegatos que contiene, termina solicitando que se la tenga *"per oposada...a la mesura cautelar positiva interessada de contrari, i que...es denegui aquesta mesura cautelar"*.

Es Ponente D. José Manuel de Soler Bigas, quien expresa el parecer del Tribunal.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO - 1) No es el caso de reiterar aquí las notas que caracterizan la configuración de las medidas cautelares en la Ley 29/98, de 13 de julio (LJCA), a las que se refieren, por todas, las STS, Sala 3ª, de 11 de febrero de 2009, rec. 5036/2007, FJ 4º, y 21 de octubre de 2010, rec. 3110/2009, FJ 4º.

Bien entendido que, cuando como aquí se invoca, con arreglo art. 30 de la LJCA, la concurrencia de vía de hecho en la actuación de la Administración demandada, el régimen general de las medidas cautelares (art. 129 y siguientes de la LJCA) concluye con una previsión específica, contenida en el art. 136.1, a cuyo tenor :

"En los supuestos de los arts. 29 y 30, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada".

2) En el presente supuesto, no se alega en el escrito evacuado por la parte demandada en esta pieza separada, con arreglo al art. 131 de la LJCA, la existencia de procedimiento o resolución ninguna, en relación con la actuación objeto de impugnación por la parte actora, a saber, la colocación en la fachada del Palau de la Generalitat de la pancarta de referencia.

En cuanto a la alegación, que sí se contiene en dicho escrito, de que la parte actora no habría cumplido con los plazos para la interposición del recurso contencioso, ex arts. 30 y 46.3 LJCA, en razón de que el requerimiento previo contemplado en el primer precepto se formuló al Muy Honorable Sr. President de la Generalitat, mientras que el recurso contencioso se dirige (antecedente 1º de este Auto) contra la actuación del Govern de la Generalitat, que no habría sido requerido previamente, es un alegato que manifiestamente no cabe acoger, por cuanto se trata de dos





órganos de la misma Administración demandada, presidiendo el primero el segundo como órgano colegiado, y ambos por demás con la misma sede, en la que se ha producido la actuación objeto del proceso.

SEGUNDO - 1) Se sostiene en el mismo escrito de la parte demandada, la *"Impossibilitat de pronunciar-se sobre les mesures cautelars"*, en razón de que dicha parte niega a la Asociación actora la legitimación activa para interponer el presente recurso contencioso.

Resulta pues obligado el examen de tal cuestión, con la provisionalidad propia de este momento procesal y de las actuaciones en la pieza separada de medidas cautelares.

La Asociación actora invoca la vulneración, por la Administración demandada, del deber de objetividad que le concierne con arreglo al art. 103.1 CE, que pone en relación con los arts. 1 y 16 CE.

A la pancarta y el símbolo objeto del proceso, colocados, notoriamente con vocación de permanencia, en la fachada del Palau de la Generalitat, les resulta de aplicación lo razonado, para la *"estelada"*, por la STS, Sala 3ª, de 28 de abril de 2016, rec. 827/2015, FJ 2º, a saber :

"(que) resulta obvio que su uso y exhibición por un poder público...solo puede ser calificado de partidista en cuanto asociado a una parte -por importante o relevante que sea- de la ciudadanía identificada con una determinada opción ideológica (aunque esta sea compartida por varios partidos o fuerzas electorales), pero no representativa del resto de los ciudadanos que no se alinean con esa opción, ni por consiguiente, con sus símbolos".

2) Con arreglo al art. 19 de la LJCA :

"1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

*b) Las corporaciones, **asociaciones**, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el art. 18 que resulten **afectados** o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos"*.

Y a su vez, conforme al art. 7.3 LOPJ :

*"Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, **asociaciones** y grupos que resulten **afectados** o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción"*.

Partiendo pues de la naturaleza que cabe conferir a la pancarta y el símbolo objeto del proceso, colocados en un edificio público de titularidad de la Administración demandada, y con arreglo al principio pro actione aplicable, según la más amplia doctrina constitucional, a las situaciones de acceso a la jurisdicción, no cabe dejar





de reconocer a los ciudadanos que, en los términos de la STS de 28 de abril de 2016 transcrita, no se alineen con la opción ideológica representada por dicha pancarta y el símbolo anexo, una afectación objetiva en razón de su exhibición, en el lugar en el que ésta se produce.

Pone de manifiesto la STS, Sala 3ª, de 9 de julio de 2013, rec. 357/2011, en su FJ 4º, que,

"Las sentencias de 11 de julio y 17 de octubre de 1983 del Tribunal Constitucional, justificaron la extensión de dicho concepto (el interés legítimo) en que dentro del actual Estado Social y Democrático de Derecho el individuo se encuentra en la necesidad de asociarse o agruparse para articular medidas efectivas de defensa ante poderosas y anónimas organizaciones administrativas; se otorga preeminencia a los derechos ciudadanos dando lugar a la consideración de un interés general que trasciende el que asume y gestiona la administración como única y legítima representante del mismo, dando lugar a la aparición progresiva de intereses difusos y colectivos que conforman el interés general y que demandan su reconocimiento y protección".

En este caso, es recurrente una agrupación de ciudadanos que, en ejercicio del derecho fundamental de asociación reconocido en el art. 22.1 CE, constituyeron la que es actora en este proceso, contemplando el art. 2 de sus Estatutos, entre los fines asociativos, *"Promover y defender el pluralismo político, ideológico...(y) Defender los valores contenidos en la Constitución..."*.

3) Así las cosas, valorando cuanto antecede, no cabe, cuanto menos en este momento procesal, negar a la Asociación actora la legitimación activa en el proceso, en defensa de derechos e intereses colectivos que estima afectados por la actuación administrativa impugnada, entre ellos, los derechos de los ciudadanos agrupados en la misma.

De modo que no se trata *"únicamente de una autoatribución estatutaria"*, en los términos de la jurisprudencia que cita la parte demandada, sino que se estiman de aplicación al caso, los pronunciamientos favorables al reconocimiento de la legitimación asociativa, resultantes de las Sentencias dictadas por esta Sala y Sección en fechas 6 de marzo de 2013, rec. 291/2010; 6 de marzo de 2013, rec. 344/2010; y 5 de julio de 2018, rec. 767/2016.

Confirmadas, las dos primeras, por las STS, Sala 3ª, de 5 de mayo de 2015, rec. 1600/2013; y 5 de mayo de 2015, rec. 1604/2013.

TERCERO - 1) Debiendo por tanto desestimarse los alegatos formulados por la parte demandada en esta pieza separada, relativos a la invocada falta de legitimación activa de la parte actora, se trata de valorar la solicitud de adopción de medidas cautelares formulada por aquélla, a la vista de las previsiones específicas resultantes del transcrito art. 136.1 de la LJCA (FJ 1º precedente), constatándose :





a) Que tal como se ha puesto de manifiesto, la parte demandada no ha alegado en esta pieza separada la existencia de procedimiento o resolución ninguna, en relación con la actuación objeto de impugnación, de modo que no ha negado la concurrencia de una vía de hecho ; y

b) Que no consta que la retirada cautelar de la pancarta y el símbolo objeto del proceso deban ocasionar una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que no se infiere de la naturaleza de la medida a adoptar ni ha sido alegado por la parte demandada.

Procede pues, en ausencia de las salvedades u óbices previstos en el reiterado art. 136.1 de la LJCA, acordar como se dirá.

2) No está de más, de nuevo con la provisionalidad propia de este momento procesal, poner de manifiesto :

a) Que tal como recuerda la ya citada STS, Sala 3ª, de 28 de abril de 2016, rec. 827/2015, ahora en su FJ 4º :

"...Es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional que sostiene que "las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión que proclama el art. 20 CE " (por todas, SSTC 244/2007, de 10 de diciembre ; 14/2003, de 28 de enero ; 254/1993, de 20 de julio ; entre otras)".

b) Que conforme a las STS, Sala 3ª, de 26 de junio de 2019, rec. 5075/2017, FJ 2º ; y 28 de junio de 2019, rec. 352/2018, FJ 4º:

"la vieja doctrina del acto político del Gobierno no puede ser invocada hoy, en ningún caso, como fundamento de la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo porque es obligado que el juzgador entre a conocer del acto, de la inactividad o de la vía de hecho que se enjuicie para determinar si en los mismos existen elementos susceptibles de control jurisdiccional".

c) Que tal como razona la ya citada Sentencia dictada por esta Sala y Sección en fechas 5 de julio de 2018, rec. 767/2016, en su FJ 3º :

"...debemos partir, como hace la sentencia de instancia, de la interpretación recogida en la STS de 28 de abril de 2016, la cual confirma la decisión de la Junta Electoral Central de retirar esteladas de edificios públicos, pero cuya doctrina, que extiende a otros lugares públicos, alcanza a este supuesto de hecho en cuanto que se asienta en el principio de neutralidad institucional que, si bien reforzado en los periodos electorales, debe mantenerse en todo momento".

CUARTO - Sin condena en costas de ninguna de las partes.





Por todo ello,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: HA LUGAR a la adopción de la medida cautelar solicitada por la parte actora, y en consecuencia, **REQUIÉRASE**, de forma personal, al Muy Honorable Sr. President de la Generalitat de Catalunya, a fin de que con arreglo al art. 134.1 de la LJCA y en todo caso, en el plazo de 48 horas, a partir de la práctica de dicho requerimiento, proceda a retirar de la fachada del Palau de la Generalitat, la parcarta y el símbolo que son objeto de este proceso.

Sin imposición de costas.

Contra esta resolución cabe interponer **recurso de reposición** ante este Tribunal, en el plazo de **CINCO días** a contar desde el siguiente a su notificación expresando la infracción en que la resolución hubiere incurrido a juicio del recurrente. Si no se cumplieren los requisitos establecidos, se inadmitirá, mediante providencia no susceptible de recurso.

Conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, para la interposición del recurso de reposición, deberá constituirse un depósito de **25 euros**, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial, abierta en el BANCO SANTANDER S.A., oficina 4036, Cuenta expediente nº **0940-0000-85-0190-19**, debiendo indicar en el campo concepto, la indicación "recurso" seguida del Código: 20 "Contencioso-reposición". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria el importe se remitirá a la Cuenta número: **IBAN ES55 0049 3569 92000500 1274**, indicando en el "concepto" el nº de cuenta del expediente referido (16 dígitos). Quedan exentos de su abono, en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los Organismos Autónomos dependientes, debiéndose acreditar, en su caso, la concesión de asistencia jurídica gratuita.

Así lo acordaron y mandaron los Ilmos. Sres. Magistrados de esta Sección.

ES COPIA

VOT Particular que formula el magistrat Sr. Eduard Paricio Rallo en relació a la interlocutòria de mides cautelars dictada en el recurs núm. 190/2019 interposat per l'associació "IMPULSO CIUDADANO".

I.- Antecedents. Objecte de recurs, la sol·licitud de mida cautelar i les al·legacions de les parts.





L'associació recurrent impugna en el recurs principal la via de fet consistent en la col·locació a la façana del Palau de la Generalitat que confronta a la Plaça de Sant Jaume de Barcelona una pancarta amb la inscripció "llibertat dels presos polítics i exiliats", en català i en anglès, amb un llaç groc acompanyant la llegenda.

A l'escrit d'interposició del recurs l'actora va demanar l'adopció d'una mida cautelar consistent ordenar al President de la Generalitat la retirada de l'esmentada pancarta i llaç. Argumenta en aquest sentit que en els supòsits d'impugnació d'actuacions en via de fet la mida cautelar és la regla d'acord amb el que disposa l'article 136 de la Llei jurisdiccional. Afegeix que la mida cautelar demanada no suposa una pertorbació greu per als interessos generals o de tercer i reproduïx l'al·legació efectuada en el requeriment previ en el sentit que la pancarta en qüestió significa l'adopció d'una posició ideològica particular per part del Govern, amb vulneració del principi de neutralitat ideològica dels ens públics i la llibertat de pensament consagrada a l'article 16 de la Constitució espanyola en la seva vessant negativa, que exigeix un comportament neutral als poders públics. Considera així mateix que la pancarta constitueix una desviació de poder del Govern, que no té potestat per qualificar els presos com a presos polítics ni a efectuar propaganda, per esmentar finalment els precedents sobre la retirada de banderes estelades d'edificis públics.

Per la seva banda, la representació de la Generalitat de Catalunya es va oposar a la mida cautelar a partir dels següents motius:

- El fet que, si el requeriment previ es va adreçar al President del Govern, no es pot plantejar el recurs jurisdiccional contra el Govern.
- La manca de legitimació activa de l'associació recurrent en basar-se en una auto-atribució estatutària i en tot cas per no correspondre-li la defensa de drets de tercers ni ostentar un interès legítim, sense que en aquest àmbit estigui admesa l'acció popular.
- Que la impugnació es refereix a una activitat que no és susceptible de fiscalització per la jurisdicció en tractar-se d'una manifestació de tipus polític emparada en la llibertat ideològica.
- La inexistència de perill en l'espera atès que la permanència de la pancarta qüestionada no causa perjudici irreparable, essent així que una sentència favorable seria fàcilment susceptible d'execució.

2.- La interlocutòria dictada per la secció.

La majoria de la secció ha resultat accedir a la mida cautelar sol·licitada. La interlocutòria descarta els motius d'inadmissibilitat oposats per la representació de la Generalitat de Catalunya en allò que es refereix a la modificació de l'òrgan destinatari del requeriment inicial i pel que fa a la legitimació de l'associació





recurrent; aplica al cas la regla favorable a la mida cautelar que l'article 136 de la Llei jurisdiccional estableix per als supòsits d'impugnació de situacions de via de fet, i afegeix que no es constata que la mida cautelar pugui ocasionar pertorbació als interessos generals. Finalment la interlocutòria inclou unes consideracions o cites sobre la llibertat d'expressió de les persones jurídiques, la superació de la doctrina sobre l'acte polític i sobre el principi de neutralitat institucional en relació a la presència de banderes estelades.

3.- Sentit del vot particular

Coincideixo amb la majoria en el sentit de la interlocutòria; això és, en la procedència de la mida cautelar demanada. No obstant, amb ple respecte a la decisió de la majoria, entenc que la motivació s'extralimita en allò que es refereix a la incorporació d'arguments o al·lusions relatius al fons; això es, de referències a l'aparença de bon dret del recurs.

En efecte, hem reiterat en moltes interlocutòries quin és el marc de la decisió cautelar. Concretament hem manifestat que l'article 130 de la Llei jurisdiccional circumscriu la possibilitat d'adopció de mides cautelars als supòsits en què l'execució de l'acte pugui fer perdre la finalitat legítima al recurs o causar al recurrent perjudicis de difícil o impossible reparació. Aquest precepte també estableix que es podrà denegar la mesura cautelar quan de la mateixa se'n pogués derivar una pertorbació greu als interessos generals o de tercers.

Un plantejament legal que en definitiva reconduïx en definitiva, com ha establert la millor doctrina, als criteris clàssics que va establir el Tribunal Constitucional (STC 148/93, de 29 d'abril) de la ponderació dels interessos en joc i el perill en l'espera. Uns criteris que cal emmarcar en la raó de fons de les mides cautelars que és el d'evitar una possible frustració de la finalitat del recurs.

Pel que fa al criteri de l'aparença de bon dret, hem dit que, tot i la seva inicial consagració jurisprudencial, no ha quedat finalment recollit a la Llei jurisdiccional i que aquest criteri cal aplicar-lo en tot cas amb molta prudència, doncs pressuposa d'un autèntic perjudici sobre el fons del debat processal, perjudici que s'adopta sense sentir a les parts sobre el fons i sense l'oportunitat de provar llurs al·legats.

D'altra banda, és cert que la Llei d'Enjudiciament Civil esmenta aquest criteri a l'article 728, però ho fa no com causa determinant de la concessió de la mida cautelar, sinó com un requeriment més que ha de complir sol·licita la mida, el que no exclou la necessitat d'acreditar una situació de perill en l'espera. Conseqüentment, el criteri de l'aparença de bon dret ha de quedar constrenyit a situacions molt puntals i justificades, quan la invalidesa de la resolució impugnada és palmària i evident i pot ser apreciada sense cap gènere de dubtes ja en aquesta fase preliminar del procés. Així ho ha establert la jurisprudència (Tribunal Suprem, Sala contenciós administratiu, secció tercera, interlocutòria de 18 de juliol de 2006, recurs núm. 165/2006).



COPIA



El fet que hi hagin pronunciaments jurisprudencials sobre la neutralitat política de les institucions públiques, sobre la llibertat d'expressió de les mateixes o sobre la superació del concepte d'acte polític, no permet entendre que en aquest recurs estem davant d'una actuació que, ja en aquest moment inicial, es manifesta clarament com a contrària a dret, abans de sentir els motius de fons i la prova aportada i de valorar quins son els drets compromesos.

Entenc per tant que, exclosa la situació excepcional abans esmentada, la mida cautelar s'ha de resoldre exclusivament a partir de la valoració dels interessos en joc, del grau en el que la mida cautelar pot afectar els mateixos, la reversibilitat de la situació en un i altre cas i l'eventual pèrdua de sentit de la sentència per al recurrent en cas que es denegui.

També en aquest cas la mida cautelar s'hauria de resoldre ordinàriament a partir d'una anàlisi dels interessos en joc, tant del grau d'afectació de la mida cautelar per a l'interès públic, com el grau d'afectació que la presència de la pancarta significa per als interessos que representa la recurrent -el que alhora implicaria definir la naturalesa d'aquests drets- i, eventualment, altres drets de tercers si fos el cas.

Com he dit, a la vista de les al·legacions de les parts comparteixo el sentit de la interlocutòria dictada per la majoria de la secció en la mida que la concessió de la mida cautelar és la regla en els casos d'impugnació d'actuacions en via de fet, sense que en aquest cas s'hagi posat de manifest una pertorbació significativa de l'interès públic, però només per aquesta raó.

També considero procedent un posicionament inicial en relació a alguns dels motius d'inadmissibilitat oposats per l'Administració demandada, en el ben entès que el debat sobre aquesta qüestió té la seva seu natural en les al·legacions prèvies o en els escrits de demanda i contestació, amb la consegüent garantia de participació de totes les parts.

En aquest context, entenc que seria suficient un pronunciament genèric de caràcter preliminar en el sentit que el Tribunal no considera una situació d'inadmissibilitat amb prou evidència com per plantejar d'ofici la inadmissibilitat del recurs d'acord amb la previsió de l'article 51 de la Llei jurisdiccional, menys sense haver rebut encara l'expedient administratiu.

No considero adient, en canvi, la incorporació de referències sobre el fons del debat o sobre l'aparença de bon dret del recurs.

Barcelona, a 19 de setembre de 2019

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado; doy fe

