

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Via Laietana, 56, 3a. planta 08003 - BARCELONA
93-344 00 50

Pieza separada suspensión 190/2019 Sección: 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

Recurso ordinario num : 190/2019

AUTO

ILMOS. SRES.:

Presidente:

D. José Manuel de Soler Bigas

Magistrados:

D. Francisco José Sospedra Navas

D. Eduardo Paricio Rallo

Dña. Elsa Puig Muñoz

En Barcelona, a 4 de noviembre de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO - En la presente Pieza Separada de Medidas Cautelares, que deriva del Recurso Ordinario num. 190/2019, seguido a instancias de la Asociación IMPULSO CIUDADANO, siendo parte demandada la GENERALITAT DE CATALUNYA, se dictó Auto en fecha 19 de septiembre de 2019, en cuya parte dispositiva se acordó :

“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”.

SEGUNDO - Contra el referido Auto interpuso recurso de reposición la representación procesal de la Administración demandada, en el que terminó

solicitando, en base a los alegatos contenidos en el mismo, la revocación de la resolución recurrida y que “(es) *deixi sense efecte, tot denegant la mesura cautelar sol·licitada pel recurrent*”.

Conferido traslado del recurso a la parte actora, ha evacuado escrito su representación procesal, en el que interesa la desestimación de aquél.

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

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRMERO - Se extraen del recurso de reposición formulado por la parte demandada, los siguientes motivos de impugnación de la resolución recurrida, dictada en esta pieza separada :

1) “*Vulneració de la llibertat d’expressió del President de la Generalitat*”, con invocación del art. 20.1 CE y del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Inexistencia de vía de hecho.

Se alega, en resumen, al respecto, que “*l’activitat de penjar una pancarta a la façana del Palau de la Generalitat no és en puritat cap activitat administrativa susceptible de ser fiscalitzada per la Jurisdicció Contenciosa Administrativa, perquè aquesta decisió no és l’exercici d’una potestat administrativa, sinó una manifestació de tipus polític emparada en la llibertat d’expressió del President de la Generalitat, per la qual cosa falla la premissa per poder considerar que s’ha produït una via de fet i, per tant, per poder adoptar la mesura cautelar interessada*”.

Se invocan, en apoyo del alegato, las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH): “*de 20 de noviembre de 2018 (Assumpte Toranzo Gómez v. Espanya)*”; “*de 29 de març de 2016 (Assumpte Bédát v. Suïssa)*”; “*6 de desembre de 2016 (Assumpte Belge v. Turquia)*”; y “*de 16 de setembre de 2014 (Assumpte Karácsony i altres v. Hongria)*”.

Y asimismo la STS, Sala 3ª, de 5 de octubre de 2015, rec. 114/2013.

2) Vulneración del art. 130 de la LJCA.

El Auto recurrido, entiende la parte recurrente, ha entrado “*en el fons del assumpte tot apreciant ja d’entrada l’existència d’una via de fet sense ni tan sols valorar la concurrència d’altres drets que emparen la decisió del President de la Generalitat, en concret, l’exercici de la seva llibertat d’expressió*”.

Siendo así que el Auto recurrido “*s’havia d’haver limitat a valorar si, d’una banda, la presència de la pancarta a la façana del Palau de la Generalitat fins que es dicti sentència causa algun perjudici als interessos del recurrent i si, d’altra, la retirada de la pancarta lesiona la llibertat d’expressió del President de la Generalitat*”.

SEGUNDO - Constituye el objeto material de la medida cautelar adoptada, una pancarta y un símbolo, cuya naturaleza no neutral y, por ende, inevitablemente partidista, no cabe negar, instaladas en el edificio público sede de la Presidència y del Govern de la Generalitat.

Instalados por demás, con vocación de permanencia, incluso durante los períodos electorales, puesto que: a) Convocadas elecciones generales en el BOE del pasado 24 de septiembre de 2019 (R.D. 551/2019), no por ello se retiraron la pancarta y el símbolo; y b) Hechos precedentes de la misma naturaleza, derivaron en el Procedimiento Abreviado 1/2019, del que conoce la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya.

Así las cosas, la medida cautelar se adoptó mediante el Auto recurrido, tomando en consideración, *“con la provisionalidad propia de este momento procesal”* (FJ 3º), la doctrina jurisprudencial que cabe entender aplicable al caso, poniendo de manifiesto:

a) Que tal como recuerda la STS, Sala 3ª, de 28 de abril de 2016, rec. 827/2015, 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 Sentencia dictada por esta Sala y Sección en fecha 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”.

TERCERO - Partiendo de ese acervo jurisprudencial, el Auto recurrido razonó lo necesario, reiterando la provisionalidad de este momento procesal y de la presente pieza separada, para fundar debidamente la medida cautelar que se adoptaba, y para dar respuesta a los prolijos alegatos de la parte demandada, en obligada congruencia con los mismos.

Y cabe añadir, a la vista de los alegatos contenidos en el recurso de reposición:

1) Que aun defendiendo, como es el caso de la parte demandada, la naturaleza de acto político de la actuación objeto del proceso, de cualquier modo, la decisión de instalar la pancarta y el símbolo, el coste de su confección, por menor que sea, y la utilización de terceras personas para todo ello, acaso funcionarios, cabalmente hubieran debido documentarse, lo que no resulta del expediente administrativo aportado al proceso, que consta de un único documento, el requerimiento formulado por la Asociación actora, sin respuesta por parte de la Administración demandada.

2) Que el MH President de la Generalitat puede ejercitar su derecho a la libertad de expresión, reconocido en el art. 20.1 CE y en el art. 10.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en todos los foros y en todos los formatos a su alcance, en el Parlament y en los medios públicos y privados de comunicación.

Aquí, ese derecho se confronta con el invocado por las personas miembros de la Asociación actora, a la libertad ideológica y a la neutralidad institucional, ex arts. 16.1 y 103.1 CE, frente a una actuación, la de instalar signos partidistas en los edificios públicos, sobre la que existen los pronunciamientos que se han reiterado en el FJ anterior.

3) Que el objeto de las Sentencias del TEDH invocadas en el recurso de reposición, no se asemeja al de este proceso.

Así, la Sentencia del TEDH de 16 de septiembre de 2014, nº 44357/2013, dilucidó la improcedencia de una sanción impuesta por el Presidente del Parlamento de Hungría, a miembros del mismo, integrantes de un partido de la oposición, por manifestaciones y actuaciones realizadas con ocasión de una sesión parlamentaria.

La Sentencia del TEDH de 29 de marzo de 2016, nº 56925/2008, tuvo por objeto la actuación de un profesional del periodismo y el contenido de un artículo por él publicado.

En cuanto a las Sentencias del TEDH de 6 de diciembre de 2016, nº 40192/2006, y de 20 de noviembre de 2018, nº 26922/2014, la primera, tuvo por objeto una denuncia por malos tratos policiales, formulada por un ciudadano ruso, y en la segunda, fue demandante un ciudadano español, condenado penalmente por haber imputado torturas, "*físicas y psicológicas*", con ocasión de participar en una rueda de prensa, a la policía que lo detuvo.

4) Por último, la STS, Sala 3ª, de 5 de octubre de 2015, rec. 114/2013, también invocada en el recurso de reposición, se pronunció negando la concurrencia de vía de hecho, respecto de actuaciones de la Comisión Nacional de la Competencia relacionadas con el "*Informe de seguimiento del Informe de Carburantes para la Automoción de la CNC*" hecho público el 14 de marzo de 2011 y, de otra parte, *diversas declaraciones y manifestaciones públicas del entonces Presidente de dicho organismo, que precedieron, acompañaron y siguieron a la publicación de aquel Informe*", concluyendo en que: a) (de acuerdo con la Sala de instancia) "*la recurrente*

puede legítimamente discrepar de esas apreciaciones contenidas en el informe; pero, desde luego, tal discrepancia no convierte al informe en una "vía de hecho"; y b) que "las declaraciones del Presidente ante los medios de comunicación, acertadas o no, no constituyen el ejercicio de una potestad administrativa sino que "...se enmarcan en el ámbito del derecho a la información que tienen los consumidores".

CUARTO - Alegada por la parte recurrente la vulneración del art. 130 de la LJCA, debe decirse que, aun haciendo abstracción, como reclama aquélla, de los indicios de vía de hecho concurrentes y por ende, de las previsiones del art. 136.1 LJCA, no por ello deja de estar justificada la medida cautelar adoptada.

Se puso de manifiesto en el Auto recurrido (FJ 3º) 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"*.

Se añade a la anterior constatación, la de que el MH President de la Generalitat, tal como se ha puesto de manifiesto en el FJ anterior, dispone de todos los restantes medios para ejercitar y hacer valer su derecho a la libertad de expresión, el cual, por demás, con arreglo al art. 10.2 del citado Convenio para la Protección de los Derechos Humanos, admite restricciones, entre ellas, las relacionadas con la protección de los derechos ajenos, disponiendo *"las Altas Partes contratantes...de margen de discrecionalidad al evaluar si y en qué medida es necesaria una injerencia en el derecho a la libertad de expresión"* (Sentencias del TEDH de 20 de noviembre de 2018, nº 26922/2014, antedicha, FJ 50).

Tal como se ha señalado igualmente en el FJ anterior, aquí el derecho invocado por la parte demandada, se confronta con el alegado por la parte actora, a saber y en esencia, el respeto al principio de neutralidad institucional, el cual, según pronunciamiento de esta Sala y Sección (la citada Sentencia de 5 de julio de 2018, rec. 767/2016), con fundamento en el acervo jurisprudencial de constante referencia, ***"si bien reforzado en los periodos electorales, debe mantenerse en todo momento"***.

Así las cosas, valorada, con la provisionalidad propia de este momento procesal, la restricción (que de eso parece que se trataría, en todo caso) del derecho a la libertad de expresión invocado por la parte demandada, puesta en relación con los derechos que fundan el recurso de la parte actora, y con una actuación administrativa como la que es objeto material del proceso, que supone el mantenimiento, con vocación de permanencia, de un mensaje no neutral en el edificio público concernido, mensaje que, caso de desestimarse el recurso, podría reinstalarse, sin perjuicio relevante del interés general en el interín, es corolario de todo ello la procedencia de confirmar la medida cautelar acordada en el Auto recurrido.

QUINTO - Solicitada por la parte actora, mediante escrito presentado en fecha 26 de septiembre de 2019, el libramiento de testimonio de particulares al orden

jurisdiccional penal, se confirió traslado a la parte demandada, que evacuó escrito el 4 de octubre de 2019, manifestando su oposición a aquella solicitud.

Al respecto, resulta que, acordada la adopción de la medida cautelar mediante Auto de 19 de septiembre de 2019 (fol. 88 de los autos de esta pieza), el siguiente 23 de septiembre de 2019, lunes, a las 18´10 horas, el MH President de la Generalitat fue requerido personalmente por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia, desplazado al efecto al Palau de la Generalitat, *“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 pancarta y el símbolo que son objeto de este proceso”* (fol. 100 de los autos).

Pues bien, notificada el siguiente 26 de septiembre de 2019, jueves, en horas de audiencia, al Sr. Letrado de la Generalitat, la Providencia dictada en esa fecha (fols. 109 a 111), en el sentido de que no había lugar a la suspensión del requerimiento, solicitada con ocasión de interponer recurso de reposición contra el Auto de 19 de septiembre de 2019, no concurría ya razón ninguna que amparara el incumplimiento de lo resuelto en dicha resolución.

No obstante, por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia, se levantó Diligencia de Constancia el viernes, 27 de septiembre de 2019, a las 12´11 horas, de que la pancarta y el símbolo objeto material del proceso seguían instalados en el balcón del Palau de la Generalitat (fol. 145).

Mediante subsiguiente Providencia dictada en la misma fecha se acordó entre otros extremos que:

“Constatado el incumplimiento de lo acordado en el referido Auto de 19 de septiembre de 2019, y con arreglo a lo previsto en el art. 108.1 a) en relación con el art. 134.1 de la LJCA, diríjase oficio, mediante telefax y por correo electrónico, al Sr. Comisario General del Cuerpo de Mossos d’Esquadra, requiriéndole para que, de forma inmediata, dé instrucciones a la fuerza a su mando para que procedan a retirar, de la fachada del Palau de la Generalitat, sito en la Plaça Sant Jaume de esta ciudad, la pancarta y símbolo que son objeto de este proceso (“libertad de los presos políticos y exiliados, en catalán y en inglés, con un lazo amarillo”).

Dando cuenta a este Tribunal” (fol. 147).

Por el Cuerpo de Mossos d’Esquadra se levantó acta, el 27 de septiembre de 2019, a las 15´40 horas, reseñando las actuaciones realizadas, y la retirada de la pancarta y el símbolo, a las 15´35 horas (fols. 153 a 155).

Obra también en los autos, aportado por la parte actora, un *“Comunicat de l’Oficina del president de la Generalitat”*, fechado el 20 de septiembre de 2019, a cuyo tenor y por los motivos que se exponían *“Es per això que no retirarà la pancarta per la llibertat dels pressos polítics i el retorn dels exiliats que hi ha al balcó del Palau de la Generalitat”* (fol. 116).

Pudiendo los hechos así sucedidos tener relevancia penal, procederá acordar como sigue.

SEXTO - Procede por último, con la desestimación del recurso de reposición, la condena de la parte demandada, promotora del mismo, al pago de las costas devengadas a su instancia, hasta el límite de 400 euros, con arreglo al art. 139.1 y 3 LJCA.

Por todo ello,

PARTE DISPOSITIVA

EL TRIBUNAL ACUERDA:

1º.- DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por la parte demandada en este proceso, contra el Auto dictado en esta pieza separada en fecha 19 de septiembre de 2019, que se confirma.

2º.- IMPONER las costas devengadas a resultas del presente recurso de reposición a la parte demandada, hasta el límite de 400 euros.

3º.- LÍBRESE TESTIMONIO de los particulares obrantes en esta pieza separada y remítase al Exmo. Sr. Presidente de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de acuerdo con lo razonado en el FJ 5º de esta resolución, por si los hechos tuvieran relevancia penal.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación en el plazo de TREINTA DÍAS, con arreglo a los arts. 87.1 b) y 89.1 LJCA., ante el Tribunal Supremo, que deberá prepararse ante esta Sala, a contar a partir del siguiente día al de la notificación, ***haciéndose saber que no se tendrá por preparado el recurso de casación que quepa interponer contra la misma, si previamente no se constituye un depósito de 50 euros que deberá efectuarse en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en la oficina de BANCO SANTANDER número 4036 con la referencia cuenta expediente número 0940-0000-85-0190 haciendo constar el concepto: RECURSO CODIGO 24 CONTENCIOSO-CASACION, adjuntando con el recurso la copia del resguardo u orden del ingreso. Quedan excluidos de la constitución del depósito: el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, los organismos dependientes de todos ellos y aquellos litigantes que tengan reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita,***

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

VOT Particular que formula el magistrat Sr. Eduard Paricio Rallo en relació a la interlocutòria que resol el recurs de reposició interposat contra la interlocutòria de mides cautelars dictada en el recurs núm. 190/2019.

Mitjançant interlocutòria de data 19 de setembre aquesta secció va acordar una mida cautelar consistent en requerir al Molt Honorable President de la Generalitat de Catalunya als efectes de retirar de la façana del Palau de la Generalitat la pancarta i el símbol que son objecte del recurs.

La representació de la Generalitat de Catalunya va presentar recurs de reposició contra la anterior interlocutòria, recurs que és objecte de desestimació mitjançant la interlocutòria a la que es correspon aquest vot particular.

El sentit d'aquest vot és el mateix del ja formulat respecte la interlocutòria de mides cautelars impugnades; això és, un vot particular concurrent.

En efecte, entenc que correspon la mida cautelar en qüestió per aplicació de l'article 136 de la Llei jurisdiccional, atès que allò que s'impugna és una actuació en via de fet, circumstància que inicialment s'adiu amb el fet que no consti cap decisió o procediment previ a la col·locació i manteniment de la pancarta. La demandada qüestiona en aquest sentit que l'actuació impugnada requereixi una prèvia resolució o procediment atesa la seva naturalesa. Tanmateix, la naturalesa i transcendència jurídica de l'actuació impugnada és una qüestió que es correspon amb el fons del recurs, aspecte que entenc que no es pot avançar en la peça separada de mides cautelars.

Com vaig esmentar en l'anterior vot particular, el criteri d'aparença de bon dret no hauria de ser un criteri determinant de la mida cautelar llevat els casos en els que consti ja d'entrada i sense dubtes que la resolució impugnada és contrària a dret, el que succeeix segons la jurisprudència del Tribunal Suprem en situacions molt excepcionals, com ara els casos en que la nul·litat de ple dret de l'actuació impugnada sigui manifesta, quan aquesta executi una disposició general declarada nul·la, que la resolució objecte de recurs hagi estat ja anul·lada en una instància anterior o quan la resolució s'oposi de forma contumaç a un criteri ja consolidat (Interlocutòria de 18 de juliol de 2006, recurs núm. 165/2006).

Considero que cap d'aquestes situacions es dona en aquest cas. Al contrari, les qüestions que s'apunten en aquest recurs i que en part han estat objecte de tractament a les interlocutòries de la majoria son d'una notable complexitat jurídica doncs afecten aspectes com ara el límits del dret dels càrrecs a la llibertat d'expressió o l'abast i naturalesa de la neutralitat que es pot exigir a les institucions o la naturalesa del dret dels ciutadans al respecte.

Entenc que la peça separada de mides cautelars no es un àmbit idoni per tractar

aquests qüestions de fons, si mes no abans de permetre que les parts despleguin llurs raonaments a la demanda i la contestació i que, en el seu cas, puguin aportar les proves que entenguin necessàries; ni l'estat del debat permet presumir quines seran aquestes al·legacions; ni el debat es presenta amb prou claredat com per permetre que entri el joc el principi d'aparença de bon dret en la presa d'una decisió cautelar.

Barcelona, a 4 de novembre de 2019

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado; doy fe