

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección: CUARTA

Auto núm. /

Fecha del auto: 23/10/2019

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Nº: REC.ORDINARIO(c/a)-380/2019

Fallo/Acuerdo: Auto no ha lugar Medida Cautelar

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

Procedencia: T.SUPREMO SALA 3A. SECCION 4A.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver
Sánchez

Transcrito por:

Nota:

Resumen

PIEZA DE SUSPENSIÓN DEL ACUERDO DEL PRESIDENTE DE LA JUNTA ELECTORAL CENTRAL DE 11 DE OCTUBRE DE 2019, RATIFICADO POR EL PLENO, QUE INADMITE SUSPENSIÓN DEL ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS DE LA MISMA FECHA SOBRE EXHUMACIÓN Y REINHUMACIÓN DE LOS RESTOS MORTALES DE DON FRANCISCO FRANCO BAHAMONDE.

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Num.: REC.ORDINARIO(c/a) - 380/ 2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver
Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección: CUARTA

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

D. Segundo Menéndez Pérez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D^a. María del Pilar Teso Gamella

En Madrid, a 23 de octubre de 2019.

Esta Sala, con la composición que más arriba se expresa, ha visto la solicitud de medidas cautelares deducida por el **partido político VOX**, representado por la Procuradora de los Tribunales **doña María Pilar Hidalgo López**, dirigida por la **Letrada doña Marta Castro Fuertes**.

Se formula en relación con el Acuerdo del Presidente de la Junta Electoral Central (en adelante JEC) de 11 de octubre de 2019, ratificado por la JEC, que inadmitió a trámite la solicitud del partido recurrente de suspender, durante el periodo electoral de elecciones generales al Congreso de los Diputados y el Senado convocadas para el 10 de noviembre de 2019, de la ejecución del acuerdo del Consejo de Ministros de la misma fecha 11 de octubre de 2019 relativo a la exhumación, traslado y reinhumación de los restos mortales de don Francisco Franco Bahamonde desde el Valle de los Caídos al cementerio de El Pardo-Mingorrubio.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

HECHOS

PRIMERO.- Por escrito que tuvo entrada en la Sala Tercera de este Tribunal el 14 de octubre de 2019, la Procuradora de los Tribunales doña María Pilar Hidalgo López, en nombre y representación del partido político VOX, dirigida por la Letrada doña Marta Castro Fuertes, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Presidente de la Junta Electoral Central de 11 de octubre de 2019, que se acaba de citar.

Dicho acuerdo inadmitió a trámite una solicitud de medida cautelar presentada por dicho partido político el mismo 11 de octubre de 2019, contra otro acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 2019, que es del siguiente tenor literal:

«ACUERDO por el que se toma razón de la Sentencia del Tribunal Supremo núm 1279/2019, de 30 de septiembre, y se adoptan medidas para la ejecución material de lo dispuesto por los Acuerdos del Consejo de Ministros de 15 de febrero de 2019 y de 15 de marzo de 2019, por los que se resuelve el procedimiento y se adoptan medidas complementarias para dar cumplimiento a lo previsto por el artículo 16.3 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían

derechos en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura».

El Presidente de la Junta Electoral Central apreció, en el acuerdo de inadmisión ahora impugnado, que existía ausencia manifiesta de fundamento en relación con las competencias que legalmente corresponden a la Junta Electoral Central, en los siguientes términos:

«Inadmitir a trámite la solicitud de medida cautelar "*inaudita parte*" presentada a las 18,55 h. del día de hoy en el Registro de la Junta Electoral Central, por ausencia manifiesta de fundamento en relación con las competencias que legalmente corresponden a la Junta Electoral Central. El objeto de la medida cautelar es una decisión del Consejo de Ministros adoptada en el día de hoy dentro de un procedimiento administrativo que ha estado sujeto al control jurisdiccional, vía a la que, en su caso, puede acudir para ejercitar las pretensiones que estime oportunas».

En un primer otrosí digo de su escrito de interposición la parte actora solicitó la adopción de una medida a adoptar «*inaudita parte*» del artículo 135 LJCA, que consiste, dice, en la suspensión de la resolución recurrida «en aras de preservar el derecho a la tutela judicial efectiva que asiste a esta representación y en aras de economía procesal, teniendo en cuenta que la competencia para conocer del recurso contencioso-administrativo caso de haberse dictado un pronunciamiento cautelar desestimatorio del fondo también correspondería a la Ilma. Sala proceda a resolver sobre la solicitud de suspensión cautelar del acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros que la resolución recurrida inadmite *a limine* litis y que, por medio del presente, se reproduce ante esta superior instancia».

Justificó su petición con una reproducción literal de los argumentos que ya esgrimió ante la Junta Electoral Central, en los que se relataban los hechos que condujeron al acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre citado. El partido político recurrente pidió la adopción de medidas cautelares del artículo 135 de la LJCA, consistentes en la suspensión de la resolución recurrida por la «que se declara la inadmisión de la reclamación electoral interpuesta frente a la Junta Electoral Central, suspender la ejecución durante el proceso electoral del Acuerdo del Consejo de Ministros adoptado con fecha

de 11 de octubre de 2019, atinente a la exhumación, traslado e inhumación de don Francisco Franco Bahamonde, ordenando al Gobierno que se abstenga de cualquier clase de publicidad y divulgación, por los medios que sean, que se quiera dar a la aprobación del mismo, ya que es un acto prohibido por la LOREG».

SEGUNDO.- Por Auto de 16 de octubre de 2019 la Sala acordó denegar la medida cautelar solicitada, con el carácter de urgencia y sin audiencia de la parte contraria que consiente el artículo 135 de la LJCA, pero ordenó que prosiguiese la tramitación de la pieza conforme a lo establecido en el artículo 131 y siguientes de la Ley jurisdiccional para salvaguardar los derechos de las partes, y concedió un plazo común de tres días a la Junta Electoral Central y al Ministerio Fiscal para que se pronunciasen sobre la suspensión pedida por la formación política recurrente.

TERCERO.- El 21 de octubre de 2019 el Letrado de las Cortes Generales don Manuel Delgado-Iribarren García-Campero formula alegaciones en representación de la Junta Electoral Central en las que se opone a la petición de suspensión, en representación de la Administración electoral demandada.

Relata que la petición de suspensión se solicitó con carácter de extrema urgencia el día 11 de octubre de 2019 por tratarse, a juicio de la parte actora, de un acto prohibido por la LOREG y preverse por el partido político recurrente que la exhumación a que se refería debería tener lugar el siguiente domingo día 13 de octubre de 2019. Sin embargo la exhumación no se produjo en la fecha -domingo 13 de octubre- que se indicaba en el escrito de la recurrente pero su petición, unida al carácter festivo del día 12 de octubre, que hacía imposible reunir a la Junta Electoral para resolver antes, determinó que la resolución fuese adoptada con carácter provisional por el Presidente de la Junta.

La Junta Electoral Central ratificó el Acuerdo del Presidente de la misma, en sesión de 17 de octubre siguiente, según certificación de 21 de octubre de 2019 que acompaña a su escrito y obra en los autos.

Razona que no procede la suspensión porque no existe el *periculum in mora* que exige el artículo 130.1 LJCA, por las razones que ya expresó el Auto de la Sala de 16 de octubre de 2019 que denegó las medidas urgentes, al ser el acuerdo del Consejo de Ministros ajeno al procedimiento electoral.

En cuanto a la invocación de un uso partidista y electoralista del expediente relativo a la exhumación de los restos de don Francisco Franco, única razón que se aduce, en la valoración de la recurrente, razona que no es ilegítimo que el Gobierno pretenda ejecutar el programa político del partido político que lo apoya, siempre que lo haga dentro de los cauces legales establecidos y sostiene que el artículo 50.2 LOREG no establece *prohibiciones preventivas* de campañas, que sean de aplicar incluso ante de que éstas se hayan producido. En el caso de suceder una actuación como la que teme la formación política recurrente, alega que podrá ésta plantear las reclamaciones o recursos que crea pertinentes, conforme a la LOREG. Entiende que en realidad lo que se pretende, en el estado actual, es una revisión de la sentencia firme de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 1279/2019, de 30 de septiembre, que no puede ser atacada en una vía como la que se intenta.

Sobre la ponderación de intereses entiende que suspender la resolución de la Junta Electoral Central supondría declarar que ésta tiene competencia para suspender acuerdos del Consejo de Ministros en materias ajenas al procedimiento electoral. Una decisión de tal índole podría perturbar principios e intereses generales, como el deber de cumplimiento de las sentencias firmes de los Tribunales que exige el artículo 118 CE.

Razona, finalmente, que no hay apariencia alguna de buen Derecho, conforme a los criterios jurisprudenciales utilizados para apreciarla, porque la actuación contra la que se actúa ha sido declarada conforme a Derecho por una sentencia firme de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y la solicitud se basa en una mera sospecha de uso electoralista de una campaña,

CUARTO.- El Fiscal entiende que no procede la medida cautelar solicitada. Expone, como antecedentes, que subraya no han sido negados ni cuestionados por la actora, que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 2019 trae causa del RDL 10/2018, de 24 de agosto, convalidado en amplia mayoría por el Congreso de los Diputados por resolución de 13 de septiembre de 2018. Recuerda que los acuerdos del Consejo de Ministros que acordaron la actuación impugnada fueron objeto de varios recursos contencioso-administrativos. La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 1279/2019, de 30 de septiembre (Rec. 75/2019) desestimó íntegramente el recurso interpuesto por los familiares del general Franco y, mediante Autos de 10 de octubre de 2019, dejó sin efectos la medida cautelar de suspensión acordada en otros procedimientos. Trae a colación, por ser notorio, que el Tribunal Constitucional, por Auto de 17 de octubre de 2019, inadmitió razonadamente el recurso de amparo 5790/2019, promovido por los mismos familiares contra los acuerdos del Consejo de Ministros referidos a la exhumación.

Tales antecedentes muestran, para el Fiscal don Pedro Crespo Barquero, que la pretensión de la parte actora se orienta a lograr un efecto *oblicuo*, que es ajeno al verdadero objeto de este procedimiento electoral mediante la invocación formal de una norma que no es aplicable al mismo. La coincidencia meramente temporal de la ejecución material del Real Decreto-Ley 10/2018 con el periodo electoral se debe notoriamente a los sucesivos retrasos producidos durante más de un año como consecuencia de las constantes y sucesivas impugnaciones de las actuaciones llevadas a cabo, y es ajena, por completo, a las vicisitudes del actual proceso electoral. El artículo 50.2 LOREG no responde ni por su significación gramatical ni por su significación lógica o teleológica a la formulación de un juicio que es sólo preventivo, por la mera coincidencia en un contexto temporal como el que ha descrito.

Entiende que no hay «*periculum in mora*» porque la petición de suspensión no puede ser considerada una *finalidad legítima* que corresponda al ámbito de cognición de este recurso, como exige el artículo 130 LJCA sino

que, de otorgarse, cristalizaría como un *efecto oblicuo* del mismo por el que se aplazaría, en forma no legítima, la ejecución de la sentencia firme de la Sala de 30 de septiembre de 2019. La pretensión final de la parte recurrente no es, en fin, la de suspender el acuerdo del Presidente de la JEC sino la de lograr suspender la ejecución de unos acuerdos del Consejo de Ministros que han sido homologados por una sentencia firme de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

QUINTO.- En escrito de 21 de octubre de 2019 la representación del partido político VOX se queja de que, teniendo en cuenta las últimas noticias aparecidas sobre la preparación inminente de la práctica de la exhumación, así como la declaración de la Vicepresidenta del Gobierno que anuncia que la misma se produciría el 25 de octubre, debe pedir a la Sala que acuerde la tramitación de urgencia de las medidas cautelares porque, si no han sido resueltas con anterioridad a dicho día, decaería el sentido de las medidas, con conculcación de la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Como indicamos en el Auto recaído en esta misma pieza el pasado 16 de octubre de 2019, lo impugnado en este proceso no es el acuerdo de Consejo de Ministros atinente a la exhumación, traslado y posterior reinhumación de los restos mortales de don Francisco Franco Bahamonde, sino el del Presidente de la Junta Electoral Central, de la misma fecha de 11 de octubre de 2019, ratificado posteriormente por la propia Junta, que considera que la ejecución de los acuerdos del Consejo de Ministros de 15 de febrero y 15 de marzo de 2019, que acuerdan dicha actuación, son ajenos al procedimiento electoral de elecciones generales al Congreso de los Diputados y al Senado de 10 de noviembre de 2019.

Esta circunstancia es decisiva en este momento procesal. Sin prejuzgar ahora lo que pudiera resultar de un examen del fondo, la misma denominación

del acuerdo del Consejo de Ministros que se pretende suspender, en el proceso de que conocemos ahora, razona que trae causa de la sentencia firme de esta Sala Tercera 1279/2019, de 30 de septiembre, por la que se resuelve el procedimiento para cumplir lo previsto en el artículo 16.3 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

Se procede, por ello, a ejecutar una sentencia firme con fuerza de cosa juzgada. Ese dato advera, a los efectos que ahora interesan, la apreciación del acto recurrido, al que se debe ceñir necesariamente este proceso, de que dicho acuerdo no tiene nada que ver con el procedimiento electoral que se indica. Por ello no pueden prosperar los intentos que tratan de colgar sobre él peticiones que, con un efecto, que el Ministerio Fiscal llama con acierto *oblicuo*, solicitan en forma *indirecta* medidas cautelares que, en sí mismas, son extrañas al procedimiento que ahora nos ocupa e invocan una ley inaplicable al acuerdo de que se trata. Las medidas cautelares sobre la sentencia 1279/2019, caso de proceder y de ostentarse capacidad y legitimación para formularlas, deben recabarse directamente en dicho procedimiento, y no indirectamente en un proceso electoral.

SEGUNDO.- El Presidente y la Junta Electoral Central no se han pronunciado, además, sobre las peticiones de suspensión formuladas por la formación política recurrente, al considerar que carecen de todo fundamento en relación con las competencias de la propia Junta Electoral Central. Esa circunstancia nos impide también acceder a la pretensión de suspensión que se formula. Nuestra jurisdicción, si no revisora, sí requiere conforme a la Ley 29/1998 un acto de la JEC idóneo para ser controlado jurisdiccionalmente. En el estado actual, si se accediera a la suspensión que se pide estaríamos desconociendo las atribuciones que la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, atribuye a la Junta Electoral Central y esta Sala la sustituiría indebidamente en el ejercicio de las mismas, desbordando el ámbito de ejercicio de nuestra jurisdicción.

TERCERO.- El artículo 130.1 de la LJCA dispone, además, que la medida cautelar sólo puede acordarse cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición recurridos pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso.

Esa circunstancia no concurre en el presente caso, como ponen de manifiesto tanto el Letrado de la Junta Electoral Central como el Ministerio Fiscal.

La única norma que la parte recurrente invoca con insistencia es el artículo 50.2 LOREG, que prohíbe desde la convocatoria de las elecciones hasta su celebración cualquier acto que contenga alusiones a las realizaciones o a los logros obtenidos o que utilice expresiones coincidentes o similares a las utilizadas en las propias campañas por las fuerzas políticas que concurren a las elecciones. Como ya hemos dicho el acuerdo del Consejo de Ministros es ajeno al procedimiento electoral, pero si la parte recurrente considera que su ejecución puede llegar a ser electoralista y quiere valorarlo con el prisma de lo que dispone el artículo 50.2 LOREG, puede ejercitar cuantas reclamaciones y recursos electorales crea convenientes, pudiendo ejercerse nuestro control cuando la JEC se pronuncie sobre el fondo de tales quejas. La denegación de la medida cautelar que ahora acordamos no pone en peligro, por ello, la finalidad legítima del recurso.

Existe un interés general, al que debemos dar preferencia, en que se cumpla una sentencia firme. La existencia misma de una sentencia de tal naturaleza enerva la invocación de la doctrina del «*fumus boni iuris*», que se fundamenta en la existencia de lo que el representante de la JEC considera adecuadamente que es en este momento una simple sospecha sobre la aplicabilidad del artículo 50.2 LOREG.

CUARTO.- Dijimos en el Auto del pasado 16 de octubre que la parte recurrente trata de justificar la urgencia extrema de su pretensión argumentando que no procede que se ejecute el acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 2019. Al apreciar que el acuerdo de Consejo de Ministros es, como razonadamente hemos dicho ya, ajeno al procedimiento electoral decaen por inconsistencia los argumentos que defienden la extrema urgencia de la medida cautelar que se nos pide, vinculándola a ese acuerdo concreto.

Son por ello inconsistentes las quejas sobre una posible lesión del derecho a la tutela judicial efectiva de la actora, en su dimensión de tutela cautelar, en que se insiste en escrito de 21 de octubre. Este derecho es prestacional y de configuración legal; su ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador y también se satisface con la obtención de resoluciones de inadmisión o desestimación, que se funden en la existencia de causas legales que la justifiquen, aplicada razonablemente por el órgano judicial (por todas STC 45/2002, de 25 de febrero, FJ 2).

QUINTO.- Las medidas cautelares pueden solicitarse incluso antes de la interposición del recurso (supuestos del artículo 136.2 LJCA) pero la petición de habilitación de días como hábiles, que posibilita el artículo 128.3 LJCA, debe ser solicitada en un día hábil, como dijimos en el Auto de 16 de octubre. En cualquier caso la medida se ha tramitado en el caso con la máxima celeridad y la falta de urgencia de la misma, que resulta ya de una lectura atenta o repetida de nuestro Auto de 16 de octubre, enerva las quejas que se formulan de contrario.

SEXTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA procede imponer las costas de esta pieza al partido político recurrente, al haber sido desestimadas todas sus pretensiones. Conforme a lo que establece el artículo 139.4 de la Ley de este orden jurisdiccional limitamos las mismas a la cantidad máxima de 600 euros por todos los conceptos, salvo el IVA si fuera procedente.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución.

LA SALA ACUERDA:



Recurso Nº: 380/2019

No ha lugar a la adopción de la medida cautelar solicitada por doña Pilar Hidalgo López, en representación del partido político Vox. Con costas, con arreglo a lo dispuesto en el último fundamento de Derecho.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.



Recurso Nº: 380/2019