



Roj: **ATS 9720/2015 - ECLI:ES:TS:2015:9720A**

Id Cendoj: **28079130072015200062**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **15/12/2015**

Nº de Recurso: **4284/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Auto**

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num. 1

Recurso Num.: REC. ORDINARIO(c/a) - 4284/ 2015

Ponente Excm. Sra. D^a. Celsa Pico Lorenzo

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: SÉPTIMA

AUTO

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez

Magistrados:

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Nicolás Maurandi Guillen

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. José Díaz Delgado

En la Villa de Madrid, a quince de diciembre de dos mil quince.

HECHOS

PRIMERO.- El actual recurso contencioso administrativo núm. 4284/2015, interpuesto por D. Francisco Javier Ortega Smith- Molina, Abogado y representante general de la candidatura, actuando en nombre y representación del partido político VOX, por el cauce del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, se dirige contra la resolución de 9 de diciembre de 2015 de la Junta Electoral Central (JEC).

SEGUNDO.- La Junta Electoral Central en sesión de 9 de diciembre de 2015 ha adoptado el siguiente acuerdo,

"ACUERDO.- El art. 46.5 de la LOREG establece que: "No pueden presentarse candidaturas con símbolos que reproduzcan la bandera o el escudo de España (...)". Por otra parte, el artículo 8 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España establece que: "Se prohíbe la utilización en la bandera de España de cualesquiera símbolos o siglas de partidos políticos, sindicatos, asociaciones o entidades privadas." El sentido de estas prohibiciones radica en la pretensión de dejar fuera de la contienda



electoral lo que es patrimonio de todos los españoles, así como evitar la apropiación, en beneficio de un partido político, de un símbolo que lo es del conjunto de la nación española, tal y como expresa el artículo 1 de la Ley mencionada . Por ello, el criterio de esta Junta es que la utilización en los sobres de propaganda electoral del escudo y la bandera de España no resulta admisible, pues su vinculación con cualesquiera partidos políticos se encuentra prohibida implícitamente por los preceptos mencionados. Por otra parte, al ser la bandera de España un símbolo de naturaleza institucional, su utilización en los sobres de propaganda electoral podría generar confusión por dar la apariencia de tratarse de correo oficial o de que los sobres contienen documentación de alguna institución pública.

Por consiguiente, debe comunicarse al partido político VOX y al Presidente de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos que es contraria a la Ley la utilización de la bandera de España de la manera que se está haciendo en los sobres de propaganda electoral y que dichos sobres no deben ser distribuidos".

SEGUNDO.- En el escrito de interposición del recurso jurisdiccional, mediante "Otrosí", ha pedido la suspensión cautelarísima, "inaudita parte" de la ejecución del Acuerdo impugnado.

TERCERO.- Recibido el expediente administrativo reclamado a la Junta Electoral Central mediante diligencia de ordenación de 14 de diciembre de 2015.

CUARTO.- Habiéndose observado que no figura en las actuaciones poder a favor de Procurador, por diligencia de ordenación de 15 de diciembre de 2015, se requiere al Letrado D. Francisco Javier Ortega Smith Molina, en virtud de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 23 LJCA , para que otorgue poder a favor de Procurador o apoderamiento apud acta,

Siendo Ponente la Excmá. Sra. D^a. Celsa Pico Lorenzo, Magistrada de la Sala

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La representación procesal del partido político "VOX" solicita la adopción de una medida cautelarísima "inaudita parte" respecto del Acuerdo adoptado por la Junta Electoral Central en sesión del 9 de diciembre de 2015.

"ACUERDO.- El art. 46.5 de la LOREG establece que: "No pueden presentarse candidaturas con símbolos que reproduzcan la bandera o el escudo de España (...)". Por otra parte, el artículo 8 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre , por la que se regula el uso de la bandera de España establece que: "Se prohíbe la utilización en la bandera de España de cualesquiera símbolos o siglas de partidos políticos, sindicatos, asociaciones o entidades privadas." El sentido de estas prohibiciones radica en la pretensión de dejar fuera de la contienda electoral lo que es patrimonio de todos los españoles, así como evitar la apropiación, en beneficio de un partido político, de un símbolo que lo es del conjunto de la nación española, tal y como expresa el artículo 1 de la Ley mencionada . Por ello, el criterio de esta Junta es que la utilización en los sobres de propaganda electoral del escudo y la bandera de España no resulta admisible, pues su vinculación con cualesquiera partidos políticos se encuentra prohibida implícitamente por los preceptos mencionados. Por otra parte, al ser la bandera de España un símbolo de naturaleza institucional, su utilización en los sobres de propaganda electoral podría generar confusión por dar la apariencia de tratarse de correo oficial o de que los sobres contienen documentación de alguna institución pública.

Por consiguiente, debe comunicarse al partido político VOX y al Presidente de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos que es contraria a la Ley la utilización de la bandera de España de la manera que se está haciendo en los sobres de propaganda electoral y que dichos sobres no deben ser distribuidos".

SEGUNDO.- Procede relegar al momento de resolución de la pretensión de nulidad del Acuerdo el examen de las distintas infracciones denunciadas en la actuación de la Junta Electoral Central.

En ese momento procesal para la adopción o no de la solicitada medida cautelarísima solo procede tomar en consideración si concurren o no circunstancias de especial urgencia conforme al art. 135 LJCA y la jurisprudencia (AATS 19 de diciembre de 2008, recurso 628/2008 , 30 de octubre de 2013, recurso 419/2013 , 21 de mayo de 2014, recurso 377/ 2014 23 de mayo de 2014, recurso 380/2014) que lo ha interpretado.

No ofrece duda que las circunstancias que justifican la pretensión se muestran de forma palmaria, tal cual alega el recurrente, en razón de que el proceso electoral respecto del cual ha sido suspendida la difusión de propaganda tendrá lugar el próximo 20 de diciembre.

Además debemos subrayar que el apoyo del Acuerdo en el art. 46.5 de la LOREG no parece el adecuado en razón de que el citado precepto se refiere a la presentación de candidaturas, mientras lo concernido -buzoneo electorales un acto de propaganda electoral, tal cual indican los sobres en conflicto.



TERCERO.- Sentada la procedencia de tramitar una medida cautelarísima procede enjuiciar si se dan o no los requisitos exigidos por el art. 130 LJCA para la adopción de una medida cautelar.

Invoca el recurrente que la ejecución del acto impugnado -suspensión de la difusión de propaganda electoral- puede hacer perder la finalidad legítima del recurso.

Tal alegato resulta certero. Como recuerda el Auto de 6 de marzo de 2015, recurso 25/2015 "la frustración de esa finalidad legítima del recurso, previsto en el artículo 130.1 de la LJCA, en general, quiere evitar que durante el tiempo que dura la sustanciación del recurso contencioso administrativo hasta su resolución definitiva se quiebre tal objetivo, asegurando de este modo la eficacia de la sentencia que ponga fin al mismo, es decir, que la misma tenga efecto útil. Según la traducción legal, se trata de "asegurar la efectividad de la sentencia" (artículo 129 de la LJCA), adoptando la cautela cuando la "ejecución del acto (...) pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso" (artículo 130 de la misma Ley).

En las circunstancias aquí concurrentes de no atenderse a la pretensión podrían producirse perjuicios de difícil reparación, lesionando la finalidad legítima del recurso, ya que el reparto postal de los sobres de propaganda no tendría lugar en el período destinado al efecto.

No es el ámbito de la pieza cautelarísima el adecuado para pronunciarse sobre el fondo de los preceptos constitucionales esgrimidos como lesionados pero si dejar constancia de que puede estar concernido el derecho de sufragio, art. 23, CE .

CUARTO.- Obliga el art. 130 LJCA a ponderar los intereses en conflicto, tal cual recuerda el recurrente que, vuelve a insistir, en la irreparabilidad de los perjuicios que el mantenimiento del Acuerdo supondría para la formación política afectada.

También invoca la doctrina de la apariencia de buen derecho al entender nulo de pleno derecho el Acuerdo.

Respecto ésta última invocación hemos de recordar lo vertido en el Auto de 12 de diciembre de 2007, recurso 175/2007) sobre que el principio de la apariencia de buen derecho ha de manejarse con mesura. Así como la jurisprudencia que ha insistido en que sólo cabe considerar su alegación cuando el acto haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula (Auto de 31 de marzo de 2011, recurso 169/2011) o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados.

La nulidad o no del Acuerdo solo podrá ser declarada en sentencia tras su pertinente enjuiciamiento.

QUINTO.- Para ponderar los intereses en conflicto debemos analizar el contenido del Acuerdo de la Junta Electoral que reside en la protección de la bandera nacional como símbolo engarzado con el art. 46 de la LOREG.

La Ley 39/1981, de 28 de octubre, no orgánica, regula el uso de la bandera de España vedando se incluya en la misma siglas de partidos políticos, art. 8 . Sin embargo no prohíbe su utilización en cualquier acto electoral.

Siendo plausible la interpretación realizada por la Junta Electoral Central respecto al uso de la bandera de España lo cierto es que, de la documentación obrante en el expediente y en los autos, se vislumbra que distintos partidos políticos en diferentes convocatorias electorales han hecho uso de la imagen de la bandera de España, eso si sin incluir sus siglas en la misma.

Por ello el envió de un sobre indicando "propaganda electoral" con los colores de la Bandera de España no se vislumbra se incardine en aquella prohibición ya que la indicación "propaganda electoral" responde a la Orden reguladora de los citados envíos.

SEXTO.- Respecto a la existencia de la difícil reparación del daño o perjuicio que la ejecución del Acuerdo pudiera ocasionar no existen dudas en razón a lo ya expuesto y la doctrina de esta Sala sobre la materia (AATS 27 de julio de 2015, recurso 810/2015 , 3 de junio de 2015, recurso 42/2015).

SÉPTIMO.- No hay méritos para un pronunciamiento sobre costas.

LA SALA ACUERDA:

1. Haber lugar a la suspensión cautelarísima "inaudita parte" que ha sido solicitada en las presentes actuaciones por el partido político VOX de los efectos del Acuerdo de 9 de diciembre de 2015 de la JUNTA ELECTORAL CENTRAL (dictado en el Expediente 299/107). Se ordena que autorice la distribución de los envíos de propaganda electoral del partido político recurrente.



2. Disponer se proceda a la notificación del presente Auto al Presidente de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos para que tome las medidas oportunas para que dicho Servicio Público envíe con la máxima urgencia la propaganda electoral entregada por "VOX".
3. Acordar que continúe la tramitación del incidente cautelar con la formación de la correspondiente pieza separada.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres al inicio designados

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ