



Roj: **STS 841/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:841**

Id Cendoj: **28079130042017100088**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **01/03/2017**

Nº de Recurso: **4284/2015**

Nº de Resolución: **351/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 351/2017

Fecha de sentencia: 01/03/2017

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: **4284/2015**

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 21/02/2017

Voto Particular

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

Procedencia:

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

Transcrito por: PMS

Nota:

Resumen

CONTRA RESOLUCIÓN DE 9 DE DICIEMBRE DE 2015 DE LA JUNTA ELECTORAL CENTRAL. USO BANDERA ESPAÑOLA EN SOBRES DE FORMA DEFERENTE SIN SINGNOS PARTIDOS NO VULNERA LOREG NI LEY BANDERAS.

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: **4284/2015**

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Cuarta

Sentencia núm. 351/2017

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez, presidente D.^a. Celsa Pico Lorenzo

D.^a. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 1 de marzo de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo núm. 4284/15 interpuesto por la procuradora de los tribunales D^a. María del Pilar Hidalgo López en nombre y representación del partido político VOX contra la resolución de 9 de diciembre de 2015 de la Junta Electoral Central. Ha sido parte recurrida la Junta Electoral Central representada por el Letrado de las Cortes Generales y de la Junta Electoral Central y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador de los tribunales D. Francisco Javier Ortega Smith Molina en nombre y representación del partido político VOX, interpuso recurso contencioso administrativo con carácter de máxima urgencia en protección de derechos fundamentales contra la resolución de 9 de diciembre de 2015 de la Junta Electoral Central.

SEGUNDO.- Admitido a trámite, se requirió a la Administración la remisión del expediente administrativo y que practicara los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción. Acordándose formar Pieza Separada para la sustanciación de la Medida Cautelar Inaudita Parte instada.

Verificado, se dio traslado a la parte recurrente para que dedujera la demanda.

TERCERO.- En virtud del traslado conferido, la procuradora doña María del Pilar Hidalgo López en representación del partido político VOX, formuló la demanda por escrito presentado el 30 de diciembre de 2015 en el que, después de exponer los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que se reconozcan sus reclamaciones.

Interesa,

1º.- Que se declare no ser conforme a Derecho y en consecuencia, acuerde la nulidad de pleno derecho de la resolución de 9 de diciembre de 2015 y de la de 15 de diciembre de 2015, dictadas por la Junta Electoral Central y, en consecuencia, la nulidad de la prohibición del reparto postal por

el Servicio Público de Correos de todos los sobres de envíos de propaganda electoral que fueron depositados el día 7 de diciembre de 2015 en dicho organismo por VOX, por infracción del Ordenamiento Jurídico y con vulneración de derechos fundamentales.

2º.- En consecuencia, que se declare plenamente ajustada a la legalidad los envíos postales de propaganda electoral en el modo y forma realizados por VOX, esto es, con la utilización respetuosa de la bandera nacional y su escudo, sin incluir sobre ella ningún signo distintivo de partido político alguno.

3º - Que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración, Junta Electoral Central y del Servicio público de Correos, y se reconozca por tanto, el derecho del partido político VOX a la reparación a su favor de los daños y perjuicios causados, tanto materiales como morales, atendiendo a la cuantía que resulte de aplicar los criterios de resarcimiento de conformidad con el Hecho Noveno de la demanda y la Jurisprudencia mencionada.

4º.- Que de conformidad con lo previsto en el art. 139 LJCA se haga expresa condena en costas de los demandados.

CUARTO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito registrado el 22 de enero de 2016 en el que pidió el archivo del recurso por desaparición sobrevinida de su objeto o, en su caso, acuerde su inadmisión o desestimación en relación con la demandada Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA

QUINTO.- El ministerio Fiscal contestó a la demanda por escrito registrado el 26 de enero de 2016 en el que interesó la estimación parcial de la demanda exclusivamente en el sentido de declarar que el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 9 de diciembre de 2015 dictado en el expediente 570/139 es contrario a Derecho y por tanto ha de ser anulado, con desestimación expresa de las demás pretensiones formuladas por la parte actora.

SEXTO.- Conclusas las actuaciones, por providencia de 12 de diciembre 2016 se señaló para la votación y fallo el día 21 de febrero de 2017, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal del partido político VOX interpone recurso contencioso administrativo **4284/2015** contra el Acuerdo de 9 de diciembre de 2015 de la Junta Electoral Central que dice: El art. t. 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".

También impugna el Acuerdo del 15 de diciembre de 2015 que acordó la perdida sobrevenida del objeto del recurso de reposición formulado contra el anterior al tomar conocimiento del recurso contencioso administrativo presentado el 14 de diciembre ante este Tribunal Supremo.

Pretende se declare ajustada a la legalidad los envíos postales de propaganda electoral en el modo y forma realizados por VOX, esto es, con la utilización de la bandera nacional y su escudo, sin incluir sobre ella ningún signo distintivo de partido político. Finalmente pide se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración, Junta Electoral Central y del Servicio público de Correos y se reconozca el derecho a la reparación de los daños y perjuicios causados, tanto materiales como morales.

Aduce que se ha lesionado el art. 24.1. CE y la Carta Europea de los Derechos fundamentales por falta de motivación e incongruencia omisiva en la resolución de la Junta Electoral restringiendo un derecho fundamental por el hecho de incluir la bandera nacional en los sobres mas sin utilizarla en el logo del partido.

Insiste en que los sobres no generaban confusión alguna con envíos institucionales.

Añade la infracción de los artículos 3, 54, 62 y 129 de la Ley 30/92

, de 26 de noviembre, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, LRJAPAC en relación con los arts. 25 y 103 de la CE. Infracción del principio de tipicidad y de la prohibición de la aplicación analógica de las normas definidoras de infracciones y sanciones.

Defiende, con amplia cita de jurisprudencia constitucional sobre la bandera (SSTC 18 y 16 de setiembre de 1992), que los preceptos esgrimidos por la JEC no resultan aplicables al supuesto de autos.

Adiciona que tampoco resulta ajustada a derecho la medida adoptada de "motu proprio" por el Servicio de Correos y ratificada por el Acuerdo recurrido, consistente en la intervención del correo postal. Sostiene que si debe ser aplicada por orden judicial, de forma restrictiva, y con carácter excepcional, con mayor motivo referidos a derechos fundamentales en un proceso electoral, como así ha sido recogido por la STC Sala 2ª de 22 de marzo de 2004, con fundamento en el Auto de la STEDH de 6 de septiembre de 1978, "caso Klass", determinando que la medida es de naturaleza excepcional en una sociedad democrática.

Invoca la infracción del art. 39 bis. 1) 30/92 de 26 de noviembre, LRJAPPAC, en relación con el art. 14 CE, es decir la Infracción del principio de igualdad ante la ley y no discriminación.

Peticiona la responsabilidad por los daños patrimoniales y perjuicios morales causados, art. 106. CE y 139 LRJAPPAC que cuantifica en el 73 % del coste real de la propaganda por su paralización en el reparto que mermó su eficacia. Solicita 48.285 euros.

SEGUNDO- 1. El Abogado del Estado interesa la inadmisión del recurso por desaparición sobrevenida de su objeto al haber sido ya repartida la propaganda electoral como consecuencia de la medida cautelarísima adoptada por la Sala el 15 de diciembre de 2015.

Asimismo pide la inadmisión respecto de la demandada Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA al no ser administración a los efectos del art. 1 LJCA.



Tampoco acepta la pretensión de responsabilidad patrimonial por no ser susceptible de reclamación en vía contencioso-administrativa, sino civil.

Pide, por tanto, el archivo del recurso .

Subsidiariamente se opone a la demanda contra la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA al haber sido ésta diligente en el cumplimiento de sus obligaciones ante las dudas surgidas sobre la legalidad de los sobres consultando a la Junta Electoral Central (arts. 8.1. , 19.1. K, 20, LOREG).

Alega que el deber de agotar la vía administrativa electoral se ha confirmado por la doctrina contenida en la STC 125/2011, de 14 de julio de 2011 que afirma que no es posible eludir la intervención de la Administración electoral.

Sostiene que Correos no tenía otra opción que poner en conocimiento de la Junta Electoral Central las dudas que tenía sobre la legalidad de utilizar sobres para la propaganda electoral en los que se incluía la bandera y el escudo de España sin referencia al partido político remitente, entre otras razones porque conocía algún precedente en el que la

Junta Electoral Central había denegado la incorporación de la bandera a documentos electorales de distintos partidos políticos. Afirma que la conducta de Correos fue razonable, diligente, proporcionada y dirigida exclusivamente a asegurar la legalidad del envío de propaganda electoral que se le había entregado.

Defiende que, esa conducta no puede considerarse que tenga aptitud para perjudicar o causar daños al partido político Vox.

Concluye que no hubo intervención de correo postal sino un simple retraso en la distribución por dudas en cuanto a su legalidad, en un primer momento y, luego, por cumplimiento de la decisión de la JEC.

Reputa improcedente la petición de responsabilidad patrimonial frente a Correos por no tener encaje entre los supuestos de responsabilidad patrimonial al faltar un elemento esencial cuál es que no es administración pública (art. 58 de la Ley 14/2000) sino sociedad mercantil.

Adiciona que, además, ni se agotó la preceptiva vía administrativa previa así como que no hubo daño al repartirse la propaganda dentro del plazo previsto.

TERCERO. - El Ministerio Fiscal interesa la estimación parcial de la demanda en el sentido de declarar que el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 9 de diciembre de 2015 es contrario a Derecho desestimando las demás pretensiones.

Entiende no hubo las vulneraciones constitucionales aducidas.

Si acepta deba estimarse la indebida aplicación de los arts. 46 LOREG y 8 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, de Banderas. Arguye que dichas normas no daban suficiente cobertura legal a la prohibición de distribución de la propaganda ordenada por la Junta Electoral.

A tal conclusión llega al considerar una regla hermenéutica general emanada del art. 4 C.c, de tradicional aplicación ya invocada por el Ministerio Público en la fase cautelar y que la Sala ha definido en los siguientes términos: "*las normas prohibitivas han de ser interpretadas en forma restrictiva y dentro de sus concretos términos*" (STS de 13 de junio de 1988) y ha aplicado en numerosas ocasiones (por todas, SSTS 17 de abril de 2000, rec. 222/1993; 8 de mayo de 2000, rec. 309/1993; 18 de julio de 2006, rec. 693/1994; 26 de junio de 2012, rec. 5538/2007).

La aplicación al presente caso de esa regla, que no obliga a confundir las normas prohibitivas con las normas sancionadoras en la línea ya indicada, abundaría en la interpretación sugerida -y apoyada en los propios precedentes de la JEC- del citado art. 46.5 LOREG: la prohibición de inclusión de la bandera en *las candidaturas* se circunscribe a las *papeletas de votación*.

Defiende que esa misma pauta hermenéutica exige restringir a sus propios términos el otro precepto legal en juego, que es el art. 8 de la Ley 38/81, de 28 de octubre, de Banderas. En este punto, la norma que prohíbe utilizar en la bandera de España símbolos o siglas de los partidos no impide textualmente colocar la bandera de España en la propaganda electoral de esos partidos.

No acepta el quebranto al art. 14. CE por no utilizar un término válido de comparación.

Finalmente rechaza deba acogerse la pretensión indemnizatoria, tanto de daños materiales como morales. Recalca que la propaganda llegó a los votantes antes de la jornada de reflexión.



CUARTO.- 1. El Letrado de las Cortes Generales y de la Junta Electoral Central objeta que la pretensión indemnizatoria no puede ser objeto de este proceso, sustanciado en el limitado marco regulado por los artículos 114 a 122 LJCA.

Adiciona que la aprobación de la medida cautelar "inaudita parte" por el auto de la Sala de 15 de diciembre de 2015 descarta los perjuicios que pudieran haberse irrogado a la formación recurrente por cuanto, de inmediato, fue repartida la propaganda por lo que los electores pudieron disponer de ella con antelación al día de la votación.

Sostiene la conformidad a derecho del Acuerdo de 9 de diciembre de 2015.

Respecto a la propaganda electoral recuerda que su regulación se encuentra en la Orden PRE/776/2015, de 29 de abril, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de abril de 2015, que establece las obligaciones de servicio público al prestador al Servicio Postal Universal en las elecciones que se convoquen durante 2015. Dicha Orden, en su apartado décimo segundo señala lo siguiente: *"No será obligatorio consignar en su cubierta el nombre y domicilio del grupo político remitente, ni tampoco la sigla o símbolo que lo identifique"*.

Sostiene que la formación recurrente sustituye esa posibilidad de incluir el nombre del grupo político y la sigla o símbolo del partido por la confección de un sobre con la bandera y el escudo de España, mientras que

el resto de formaciones electorales incluyeron sus siglas, símbolos y la denominación del partido. Mantiene que lleva a cabo una apropiación partidaria de los símbolos comunes, en los términos que declaró la Junta Electoral Central.

Entiende que nos encontramos en presencia de un principio jurídico implícito en nuestro ordenamiento jurídico, consistente en la preservación de la apropiación partidaria de determinados signos o símbolos comunes que son patrimonio de todos los ciudadanos.

Defiende que la JEC hizo una interpretación ni irrazonable ni desproporcionada, sino que se atuvo al espíritu y finalidad del impedimento legal.

Aduce que, hasta ahora, ninguna formación concurrente a las elecciones ha utilizado un sobre con la bandera y el escudo de España en los sobres de propaganda electoral.

Reconoce hay un caso, entre los aportados por la formación recurrente, en que se alude a un sobre de propaganda electoral, el que incluye los colores de la bandera de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Pero ni las banderas autonómicas tienen la protección jurídica que nuestro ordenamiento jurídico confiere a la bandera nacional, ni la Junta Electoral Central tiene constancia de que se haya producido ese hecho.

Sostiene se trata de algo insólito hasta la fecha y que, al menos, debía haber llevado al partido recurrente a realizar la oportuna consulta previa a la Junta Electoral Central.

Refuta que la JEC hubiere adoptado otras soluciones en otras ocasiones.

Insiste en que el carácter ordinario de la Ley 39/1981 ni le resta fuerza normativa, ni la convierte en una disposición ajena al ámbito de competencias de la JEC.

Defiende que el art. 24 CE no resulta aplicable pues su lesión solo puede ser cometida por órganos judiciales.

Tampoco acepta los principios de tipicidad y prohibición de la aplicación analógica en materia de sanciones administrativas.

Rechaza el quebranto del art. 14 CE por falta de término de comparación al ser la primera vez que se resuelve un asunto relativo a la utilización de sobres utilizando la bandera y escudo de España.

QUINTO.- Procede despejar lo primero el pretendido óbice opuesto por el Abogado del Estado en razón de que el reparto de la propaganda electoral cuestionada ha dejado sin objeto al recurso como consecuencia del Auto de 15 de diciembre de 2015.

Resulta obvio que, una cosa es el razonamiento y subsiguiente decisión que pueda acordarse en un proceso cautelar a fin de no hacer perder su finalidad legítima al recurso, conforme al art. 130 LJCA, y otra bien distinta, la decisión final sobre la validez o no del acto impugnado.

Ordinariamente habrá coincidencia mas ello no excluye que deba argumentarse si se accede o no la pretensión de forma definitiva y no provisional como es una medida cautelar..

No procede, por tanto, el archivo.

SEXTO.- Antes de entrar en el fondo de las diversas argumentaciones sobre vulneración de preceptos que se imputan a la administración electoral, es decir la Junta Electoral Central, cuyo acto impugnado inicia este



procedimiento especial, procede despejar los argumentos respecto a la también demandada Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA.

Ciertamente, como aduce el Abogado del Estado, se trata de una sociedad mercantil que no encaja en el concepto administración pública a que se refiere el art. 1 LJCA.

No es la única norma a tener en cuenta, a efectos de competencia, pues como recuerda el reciente Auto de 28 de junio de 2016 de la Sala de Conflictos, la LJCA tiene una Disposición Adicional Séptima que dice así : " *Los juzgados y tribunales del orden Contencioso-Administrativo también conocerán de las cuestiones que se promuevan entre la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SA, y los empleados de ésta que conserven la condición de funcionarios y presten servicios en la misma, en los mismos términos en que conocen las cuestiones que se plantean entre los organismos públicos y su personal funcionario, atendiendo a la naturaleza específica de esta relación*".

Aquí lo relevante es el art. 2 apartado e) de la LJCA que declara la competencia del orden jurisdiccional contencioso administración para conocer de la responsabilidad patrimonial de la administración pública cuando en la producción del daño concurriere con particulares.

SÉPTIMO.- Lo significativo es que el proceso se dirigió contra el acuerdo de la Junta Electoral Central que, aunque confirmó la conducta desarrollada por el servicio de Correos paralizando el envío de propaganda electoral del partido recurrente, es el único acto impugnado ante esta jurisdicción.

No consta recurso alguno contra la vía de hecho previa del servicio de correos que, según la documentación aportada, fue objeto de denuncia ante el Juzgado de Guardia de Madrid por posible comisión de delito.

Se debe atender a que el art. 114.2 LJCA establece que podrán hacerse valer en este procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona las pretensiones a que se refieren los arts. 31 y 32, siempre que tenga como finalidad la de restablecer los derechos por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado, entre las que se incluyen la indemnización por daños y perjuicios para el pleno restablecimiento de una situación jurídica individualizada.

Como recordó la Sentencia de 12 de noviembre de 2002, recurso de casación 476/1998 "*Son numerosas las sentencias de esta Sala (2 de febrero de 1988 , 3 de abril y 13 de octubre de 1990 , 21 de marzo de 1991 , 17 de mayo de 1996 y , últimamente, de 23 de abril de 2002) que acceden a pretensiones como la que aquí se formula. En virtud de los principios de economía, celeridad y eficacia, no hay obstáculo para que se formulen tales pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios en la propia vía contenciosa, ya que la Ley jurisdiccional permite la solicitud sin necesidad de que la petición se haya formulado previamente en la vía administrativa, como medida de restablecimiento de la situación jurídica individualizada (artículo 42 "in fine" de la LJCA de 1956 y 31 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa)*".

Y en el Fundamento Segundo de la Sentencia de 15 de abril de 2008, recurso de casación 10956/2004 se dijo que " *cuando se trata de la pretensión de reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento, como la indemnización de daños y perjuicios, tanto el art. 42 de la Ley de Jurisdicción de 1956 , como el art. 31.2 de la actual Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de esta Jurisdicción, permiten su formulación en la demanda anudada a la declaración de nulidad de la actuación impugnada, sin necesidad de esa previo planteamiento ante la Administración. Más concretamente y como señala la sentencia de 22 de septiembre de 2003 , "la solicitud de indemnización de los daños y perjuicios constituye una pretensión singularizada en la LJCA por un régimen especial, conforme al cual puede interesarse, desde el principio, en vía administrativa, o puede también acumularse en la vía jurisdiccional tanto a una pretensión de anulación de un acto administrativo como a una pretensión de cese de una actuación administrativa material constitutiva de vía de hecho. Y ello no sólo en la demanda, como medida adecuada para el restablecimiento de una situación jurídica individualizada, conforme a los artículos 41 , 42 y 44 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 (arts. 31.2 y 34 LJCA de 1998) , sino incluso incorporando la petición en el momento de la vista o de las conclusiones, según el artículo 79.3 LJ de 1956 (art. 65.3 LJCA de 1998) . Posibilidad esta que responde a la concepción que tiene la Ley de la petición de indemnización de daños y perjuicios como una petición adicional de la pretensión de anulación del acto o de cese de la actuación constitutiva de vía de hecho, siempre claro está que los daños consten probados en autos.*"

Puede por tanto ser examinada la pretensión. Hemos de partir de que todas las partes están contestes en que la propaganda electoral fue repartida con anterioridad al día de las elecciones como consecuencia del cumplimiento del Auto dictado por esta Sala el 13 de diciembre de 2015 por lo que sus destinatarios tuvieron conocimiento del contenido de los sobres cuestionados.

No se acreditan, pues, daños materiales, ni tampoco que la demora en el reparto tenga entidad suficiente para entender producidos daños morales como consecuencia del Acuerdo de la Junta Electoral Central.



OCTAVO.- Sentado lo anterior debemos rechazar la infracción del art. 24. CE tal cual objetan las distintas partes personadas, incluido el Ministerio Fiscal.

Baste citar que múltiple jurisprudencia constitucional (por todas la STC 29/2010, de 27 de abril) recalca que desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, se reitera que el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial proclamado en el art. 24.1 CE consiste en el acceso a la jurisdicción. Tal acceso no le ha sido negado al partido político recurrente que no puede encuadrar en aquel derecho una pretendida ausencia de motivación e incongruencia de la Junta Electoral Central que no ostenta naturaleza jurisdiccional. Dado el tenor del art. 8.1 de la LOREG su naturaleza de administración electoral no ofrece dudas aunque sea peculiar en términos de diversas Sentencias del Tribunal Constitucional (entre otras 154/1988, de 21 de julio, FJ 7º, 80/2002, de 8 de abril FJ 2º, etc.)

Como ha dicho la STC 125/2011, de 14 de julio, recurso de amparo 3806/2011, FJ 2, la interposición del correspondiente recurso en vía administrativa ante la Junta Electoral de Zona o ante la Junta Electoral central, constituye el presupuesto procesal necesario para acceder al proceso electoral, como agotamiento de la vida administrativa previa ante las Juntas Electorales citadas (STC 169/1991, de 19 de julio).

Tampoco se vislumbra indefensión alguna por cuanto VOX ejerció las acciones pertinentes ante esta Sala, sin que por ello quepa imputar al Acuerdo de 15 de diciembre incongruencia omisiva.

No argumenta la parte como ha sido lesionada la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su vertiente de reconocimiento de los derechos de tutela judicial efectiva, principio de legalidad e igualdad ante la ley que no identifica en unos concretos dígito.

Lo significativo es que la Carta no se aplica, y por tanto no es esgrimible, cuando los derechos fundamentales invocados no guardan relación con el derecho de la Unión Europea, es decir con la aplicación de normativa comunitaria. Tal es el sentido del art. 51 relativo al ámbito de aplicación de la Carta cuyo apartado segundo confirma que la Carta no puede dar lugar a una ampliación de las competencias y funciones conferidas a la Unión por los Tratados.

Como recuerda el punto 21 de la Sentencia Aklagaren, c-617/10, del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013 "la aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta". Por ello en el punto 22 afirma que "cuando, por el contrario, una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia no tiene competencia para conocer de ella y las disposiciones de la Carta eventualmente invocadas no pueden fundar por si solas tal competencia (auto de 12 de julio de 2012, Currá y otros - c 466/2001).

No estamos en el ámbito de las elecciones al Parlamento Europeo, art. 39, ni en el de las elecciones municipales, art. 40

Los tribunales españoles, como jueces de la Unión Europea, pueden y deben aplicar la Carta, mas aquí no se vislumbra la afectación de norma comunitaria alguna por lo que resulta suficiente tomar en consideración los preceptos constitucionales.

NOVENO.- Tampoco ha habido lesión del art. 14 CE si nos atenemos a la doctrina constitucional sobre la materia.

En la STC 156/2014, de 25 de septiembre, se recuerda jurisprudencia anterior sobre el principio de igualdad, insistiendo que "toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos (ATC 209/1985, de 20 de marzo, FJ 2)".

Como objetan las partes personadas, no se ofrece un término de comparación válido.

Lo que hubiera podido acontecer respecto de las elecciones en la Comunidad Autónoma de Andalucía y los sobres del PSOE unidos a la demanda no es un término válido. Mas no por las invocadas distintas características de protección de las banderas autonómicas (el art. 23.3 de la Ley 1/86, 2 de enero, electoral de Andalucía es de tenor análogo a lo establecido en la Ley 33/81, de 5 de octubre, sustituyendo Bandera de España por la de Andalucía) y la del Estado, sino porque no consta actividad de la administración electoral competente autorizándolos.

Tampoco se acredita denuncia alguna por el uso de las siglas del PSOE en la bandera de Andalucía. Parece que hubo, por todos, una tolerancia pasiva, es decir una situación fáctica que carece de proyección jurídica activa. Y debe recordarse que no cabe invocar el principio de igualdad ante la ilegalidad (STS 15 de febrero 2011 recurso de casación 6380/2006).



DÉCIMO.- No es de aplicación al supuesto de autos el art. 39 bis de la LRJAPAC, añadido por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio.

El llamado principio de menor restricción invocado se constriñe al ejercicio de las actividades económicas a que se refiere la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

Tampoco se ha vulnerado el derecho a la motivación, art. 54 LRJAPAC, pues la razón de prohibir está fundamentada aunque fuese en un precepto inaplicable.

UNDÉCIMO.- Sostiene la administración electoral que un cierto grado de prudencia, a fin de evitar las dilaciones sufridas, hubiera convenido al partido recurrente elevando consulta sobre el uso de los sobres.

Ninguna regulación legal obligaba a ello. El nombre del partido no figuraba "en" la bandera de España que es lo prohibido por la Ley 33/1981, de 5 de octubre por lo que VOX invocó al interponer el recurso quebranto del art. 23 CE, libertad de participación política y del art. 20 CE, libertad ideológica y de expresión, derechos aplicables en la actividad de propaganda electoral.

El Letrado de la Junta Electoral Central aduce que el carácter no orgánico no merma su condición de Ley. Es cierto, mas si debe atenderse a esa naturaleza cuando están en juego derechos fundamentales.

La prohibición de uso de la bandera ha de reconducirse a sus justos términos, tal cuál pone de relieve el ministerio fiscal, sin que quepa llevar la cuestión al quebranto del art. 25 CE ni al art. 129 LRJAPAC sobre el principio de tipicidad de la potestad sancionadora.

No hubo colocación del nombre del partido "en" la bandera, que es lo que el art. 9 de la Ley 33/81, manda corregir restableciendo la legalidad conculcada cuando se desarrolle aquella conducta.

La protección de la bandera lleva aparejadas medidas penales o sanciones administrativas según se cometa un ilícito penal o administrativo. Mas también cabe la simple restauración de la legalidad que se reputa infringida (art. 9 Ley 39/1981, 28 octubre) que al no ostentar naturaleza sancionadora no cabe llevar al art. 25 CE.

DUODÉCIMO.- El Auto de 15 de diciembre de 2015 anticipó que el apoyo del Acuerdo impugnado, como sustento de su decisión, en el art. 46.5 de la LOREG no se apreciaba como adecuado. El citado precepto se refiere a la presentación de candidaturas, mientras lo concernido -buzoneo electoral- es un acto de propaganda electoral, tal cual indican los sobres en conflicto, y los preceptos constitucionales esgrimidos inicialmente (arts. 20, 23 CE).

En el meritado Auto se dijo que la Ley 39/1981, de 28 de octubre, no orgánica, regula el uso de la bandera de España. Dicha Ley veda se incluya en la bandera siglas de partidos políticos, art. 8, a fin de que no pueda ser instrumentalizada por ningún partido o grupo.

Sin embargo no prohíbe su utilización en cualquier acto electoral. Constituye un hecho notorio difundido en períodos electorales por los distintos medios de comunicación que la bandera se encuentra presente en muchas actividades.

Además el partido recurrente ha aportado amplia documentación gráfica, cuya veracidad no ha sido negada, respecto a que un vasto conjunto de partidos del abanico electoral (Ciudadanos, PP; PSOE, etc.) han hecho uso, mediante su exhibición, de la bandera, del escudo español o de ambos, y, en otras ocasiones, esos mismos u otros (CIU, Ciutadans, Extremadura Unida, PP, PSE-EE-PSOE, etc) han exhibido enseñas autonómicas (Andalucía, Asturias, Cantabria, Cataluña, Madrid, Extremadura, Euskadi, etc) solas o entrelazadas con la bandera de España, siempre de forma deferente.

Por ello el envío de un sobre indicando "propaganda electoral" con los colores de la bandera de España de un modo respetuoso, análogo al uso estático de la bandera en actos electorales, no se vislumbra se incardine en aquella prohibición ya que la indicación "propaganda electoral" responde a la Orden reguladora de los citados envíos.

De lo descrito se concluye, que en la actuación de la Junta Electoral Central ha habido lesión del art. 23 CE engarzado con la descrita vulneración de la LOREG y la Ley de Banderas. Si bien VOX no arguye sobre el art. 23 CE al desarrollar la demanda si lo hizo en el escrito inicial del recurso contencioso-administrativo al interesar la medida cautelar "inaudita parte". Y no debe olvidarse que el art. 23 CE garantiza una democracia representativa en la que los partidos políticos son sujetos principales de la participación en conjunción con los ciudadanos



que eligen a sus representantes. Por ello la difusión de la propaganda en campaña electoral se incardina en tal ámbito.

Por ello, y, en base al principio "pro actione", FJ 4º STC 149/2016, de 19 de septiembre, que sigue lo dicho en otras anteriores, cabe integrar lo argumentado en la demanda con lo manifestado en el escrito inicial del recurso, entendiendo conculcado el art. 23 CE.

DÉCIMOTERCERO.- Al estimarse en lo sustancial el recurso no hay méritos para un pronunciamiento sobre costas, art. 139 LJCA.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Se estima parcialmente el recurso contencioso administrativo deducido por la representación procesal del partido político VOX contra las resoluciones de 9 y 15 de diciembre de 2015 de la Junta Electoral Central que se declaran no ajustadas a derecho sin que proceda indemnización alguna.

En cuanto a las costas estése al ultimo fundamento de derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. DÑA. María del Pilar Teso Gamella A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN CUARTA, DE FECHA 1 DE MARZO DE 2017, RECAÍDA EN EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº **4284/2015**

Con el debido respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, Sección Cuarta, debo expresar mi discrepancia con la Sentencia dictada en el recurso contencioso administrativo interpuesto al amparo de los artículos 114 y siguientes, por la representación del partido político VOX, contra el Acuerdo de la Junta Electoral Central, de 9 de diciembre de 2015, cuyo contenido transcribe la sentencia.

Mi disenso se fundamenta en los dos motivos, uno de carácter procesal y otro sustantivo, que seguidamente expongo.

1.- La lesión del artículo 23 de la CE en que incurre el Acuerdo de la Junta Electoral Central, a juicio de la sentencia de la que discrepo, es un derecho fundamental que no fue alegado por el partido político recurrente ni en los fundamentos del escrito de demanda, ni en los fundamentos del escrito de interposición. En ambos escritos forenses se cita, entre otros, dicho artículo 23 de la CE, pero se hace únicamente cuando la parte resume lo acaecido en la vía administrativa seguida ante la Junta Electoral Central, y por supuesto no alega ni desarrolla tal infracción.

Recordemos que el partido político recurrente aducía como motivos de impugnación, por este orden, la lesión del artículo 24.1 de la CE por incongruencia omisiva de la Junta Electoral Central (1), infracción de los artículos 3, 54, 62 y 129 de la Ley 30/1992 y 25 y 103 de la CE por lesión del principio de tipicidad y de la prohibición de la analogía en las normas definitorias de infracciones y sanciones (2), infracción de los artículos 39,bis,1 de la Ley 30/1992 y 14 de la CE por lesión al principio de igualdad (3), y finalmente se refiere a la responsabilidad patrimonial con invocación del artículo 106 de la CE (4).

Lo anterior significa que esta Sala, en mi modesto entender, debería o bien no haber tomado en consideración la lesión de un derecho fundamental que no esgrime quien ejercita la acción, pues debemos juzgar " dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y los motivos de fundamenten el recurso"(artículo 33.1 de la LJCA), o bien plantear la tesis a las partes cuando se considere, como es el caso, que la " cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso" (artículo 33.2 de la LCJA). De modo que la estimación de un recurso contencioso administrativo no puede sustentarse, en definitiva, sobre la infracción de un derecho fundamental, el del artículo 23 de la CE, que no ha sido esgrimido por la recurrente, y respecto del que no hemos planteado la tesis a las partes.

2.- El marco jurídico de aplicación, para enjuiciar la conformidad a Derecho o no del acuerdo de la Junta Electoral Central, viene dado por el artículo 46.5 de la LOREG cuando establece que " no pueden presentarse candidaturas con símbolos que reproduzcan la bandera o el escudo de España o con denominaciones o símbolos que hagan referencia a la corona", al regular la presentación y proclamación de candidatos, en los artículos



44 y siguientes. Y por el artículo 8 de la Ley 38/1981, de 28 de octubre, de Banderas, cuando dispone que "*se prohíbe la*

utilización en la bandera de España de cualesquiera símbolos o siglas de partidos políticos, sindicatos, asociaciones o entidades privadas".

Pues bien, en este caso, en el plano de los hechos, nos encontramos ante unos sobres cubiertos por una ondeante bandera española, remitidos por el partido político VOX, en los que también aparece estampado el escudo de España. Es cierto que en la parte superior del sobre efectivamente se lee, cuando el colorido no nos ha deslumbrado, "envíos postales de propaganda electoral", pero en su interior se contienen las papeletas de votación de dicho partido político, formando un todo, un conjunto, que no resulta posible de deslindar.

Se trata, a mi juicio, de un uso de la bandera y del escudo con fines partidarios, lo que resulta incompatible con los preceptos citados (artículos 46.5 de la LOREG y 8 de la Ley de Banderas) y con el artículo 1 de la Ley de Banderas que considera que la misma "*simboliza la nación, signo de la soberanía, independencia, unidad e integridad de la patria y representa los valores superiores expresados en la Constitución*". No parece de la bandera pueda seguir teniendo dicha caracterización cuando se permite que cualquier partido político en la disputa electoral, pueda envolver su propaganda bajo el manto de dicho símbolo.

Resulta difícil encontrar una utilización de la bandera más implicada e instrumentalizada en el debate partidario, que es precisamente lo que pretende evitar el artículo 8 de la Ley de Banderas, que el que se hace en este caso, cuando sirve de vehículo para hacer llegar a los ciudadanos las papeletas de votación de un determinado partido político. La bandera, y el escudo de España también, se convierten de este modo en el envoltorio, o la carta de presentación, de un partido político ante unas inminentes elecciones.

Nada impediría, siguiendo la tesis que sustenta la sentencia, incluir, por cualquier partido, en los sobres de propaganda electoral, los "*símbolos que hagan*

referencia a la corona", pues también a ellos se refiere el artículo 46.5 de la LOREG.

La interpretación del marco jurídico señalado impide, en definitiva, la apropiación por un partido político de los símbolos que son de todos. De todos los ciudadanos y de todas las opciones políticas válidas en democracia. La función representativa de esos símbolos queda contrariada o enturbiada si se permite ese uso partidario.

Es cierto que el artículo 46.5 de la LOREG se refiere al momento de presentación de candidaturas, pero ello no puede desvincularse del momento en que las mismas, en forma de papeletas de votación, llegan a los ciudadanos. Es en ese momento, de recepción de la papeletas de votación por los ciudadanos, cuando aparecen adornadas con la bandera y el escudo español, dando una apariencia institucional que puede también inducir a confusión a los electores.

No estamos ante interpretaciones extensivas, ni mucho menos ante una interpretación analógica, se trata simplemente de aplicar los criterios hermenéuticos previstos en el Código Civil cuando dispone, en el artículo 3.1, que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes, la realidad social, "*atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*". Evitando, en fin, llegar a conclusiones proscritas por el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, considero que la sentencia debió desestimar el recurso contencioso administrativo.

En Madrid, a 1 de marzo de 2017.

Fdo. María del Pilar Teso Gamella

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.