

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 564/2020

Fecha de sentencia: 26/05/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1327/2018

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 19/05/2020

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

Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA CON/AD

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

Transcrito por:

Nota:

Resumen

Neutralidad Ayuntamiento. No cabe bandera no institucional.

R. CASACION núm.: 1327/2018

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. 564/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D.^a Celsa Pico Lorenzo

D.^a María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 26 de mayo de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA-1327/2018, interpuesto por la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado contra la sentencia 328/2017, de fecha 29 de noviembre de 2017 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, que estimó el recurso de apelación núm. 198/2017 interpuesto contra la sentencia de 29 de junio de 2017 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Santa Cruz de Tenerife.

Ha sido parte recurrida el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, representado por la Directora del Servicio Jurídico.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación número 198/2017, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, dictó sentencia el 29 de noviembre de 2017, cuyo fallo dice literalmente:

«1 Estimar el recurso de apelación y revocar la sentencia apelada.

2 Desestimar la demanda.

3 Sin imposición de costas.»

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó el Abogado del Estado recurso de casación, que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias tuvo por preparado mediante Auto de 7 de febrero de 2018 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 13 de junio de 2018, cuya parte dispositiva dice literalmente:

«Primero.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de la Administración General del Estado contra la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2017 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, recaída en el recurso de apelación nº 198/2017.

Segundo.- Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

Si resulta compatible con el marco constitucional y legal vigente, y, en particular, con el deber de objetividad y neutralidad de las Administraciones Públicas, la utilización -incluso ocasional- de banderas no oficiales en el exterior de los edificios y espacios públicos, aun cuando las mismas no sustituyan, sino que concurren, con la bandera de España y las demás banderas legal o estatutariamente instituidas.

Tercero.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 4, 9.1 y 103.1 de la Constitución española; los artículos 3 a 7 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas; y el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Cuarto.- Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto.- Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto.- Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.»

CUARTO.- Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 15 de junio de 2018, se concede a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó el Abogado del Estado por escrito de fecha 5 de julio de 2018, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: *«dicte sentencia por la que estimándolo y revocando la sentencia declare la nulidad de los acuerdos municipales impugnados, fundada en la declaración a la que se acaba de hacer referencia, sobre la cuestión suscitada.»*

QUINTO.- Por providencia de 6 de septiembre de 2018. Se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida a fin de que, en el plazo de treinta días, pueda oponerse al recurso, lo que efectuó la representación procesal del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en escrito de 8 de noviembre de 2018, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: *«[...] dicte*

sentencia desestimatoria del recurso de casación, confirmando en todos sus extremos la Sentencia recurrida e imponiendo al recurrente las costas del presente proceso.»

SEXTO.- De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por providencia de 27 de febrero de 2020 se señala este recurso para votación y fallo el día 19 de mayo de 2020, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Planteamiento del recurso y sentencia de instancia.*

El Abogado del Estado formula recurso de casación contra la sentencia estimatoria de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en su sentencia de fecha 29 de noviembre de 2017 (recurso de apelación nº 198/2017) frente a la sentencia anulatoria dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santa Cruz de Tenerife por sentencia de fecha 29 de junio de 2017 (procedimiento ordinario núm. 320/2016) en el recurso deducido por el Abogado del Estado contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, en sesión celebrada el 30 de septiembre de 2016, del siguiente tenor:

«1.- Reconocer en Pleno la bandera nacional de Canarias (la bandera de las siete estrellas verdes) como uno de los símbolos colectivos con los que se siente identificado el pueblo canario, expresión de las luchas históricas que se han sucedido en el archipiélago a favor de la instauración de la democracia, la libertad y la consecución de mayores cotas de bienestar para sus gentes, así como en pro de la construcción de una mayor hermandad entre las islas.

2.- En virtud de este reconocimiento y cumpliendo la legalidad vigente, la institución acuerda enarbolarse en un lugar destacado de su sede central la bandera nacional de Canarias el día 22 de octubre del presente año de 2016 en conmemoración de su 52 aniversario».

El juzgado de lo contencioso con mención de las SSTS de 7 de junio de 2016 (casación nº 2466/2014) y 28 de abril de 2016 (recurso nº 827/2015), así como de Tribunales Superiores de Justicia (identificadas en el fundamento SEGUNDO de la sentencia dictada en grado de apelación) resolvió que el acto se encontraba no solo sometido a control jurisdiccional sino que era nulo de pleno derecho todo acuerdo adoptado en relación con las materias no atribuidas a la Administración. Recalcó que las Administraciones Públicas no pueden legalmente exhibir otras banderas que no sean las oficiales.

La sentencia de la Sala (completa en cendoj Roj. STSJ ICAN 3810/2017 – ECLI:ES:TSJICAN:2017/3810) en su Fundamento TERCERO mantiene que el izado de una bandera no oficial en la acera exterior del edificio, frente a la fachada de la corporación, en un mástil auxiliar, se encuentra perfectamente contemplado dentro del marco de la legalidad institucional española

Concluye que no se vulnera la Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas, toda vez que la bandera litigiosa ha sido enarbolada en un lugar distinto del destinado a la colocación de las banderas oficiales, sin confusión alguna entre unas y otras, bajo la siguiente argumentación:

«Un ordenamiento jurídico basado en el pluralismo político no debería prohibir este tipo de actos excepto que conste de manera clara y tajante el incumplimiento de un mandato legal el cual no puede ser sustituido por meras invocaciones de principios y valores jurídicos que no son discutidos sino en cuanto a su ponderación en el presente caso en el cual no aparecen elementos de juicio suficientes que justifiquen la restricción de libertades tan esenciales como la libertad de pensamiento para atribuir a una bandera un determinado significado social que no vulnera ningún precepto del ordenamiento jurídico».

SEGUNDO.- *Recurso del Abogado del Estado*

Aduce quebranto de los arts. 4, 9.1 y 103. CE rechazando los alegatos sobre el carácter cultural de las banderas.

Pone de relieve que el izado de la bandera tricolor de siete estrellas, símbolo de IMPAIAC, fundado en Argelia por Antonio Cubillo el 22 de octubre de 1964, justamente un 22 de octubre constituye un acto de evocación de dicho movimiento independentista y terrorista lo que es contrario a la neutralidad de las decisiones de las autoridades municipales.

En su apoyo invoca las SSTS de 21 septiembre de 1998, de 26 septiembre 2006 y de 28 de abril de 2016.

Por ello interesa que se declare que no resulta compatible con el marco constitucional y legal vigente, y, en particular, con el deber de objetividad y neutralidad de las Administraciones Públicas, la utilización -incluso ocasional- de banderas no oficiales en el exterior de los edificios y espacios públicos, aun cuando las mismas no sustituyan, sino que concurren, con la bandera de España y las demás banderas legal o estatutariamente instituidas.

TERCERO.- *La oposición del Ayuntamiento de Santa Cruz.*

Rechaza los alegatos del Abogado del Estado sobre la carga independentista y terrorista de la bandera. Insiste en su carácter no oficial y en la representatividad que hace del pueblo canario, así como en que fue votada por la mayoría de grupos políticos en el Ayuntamiento por lo que rechaza identidad con lo enjuiciado en la STS 28 de abril de 2016. Defiende que su colocación un solo día en lugar secundario no conculca el principio de imparcialidad y neutralidad de las administraciones.

CUARTO.- *La doctrina reiterada de esta Sala acerca de que los acuerdos de órganos colegiados aunque sean de formación democrática han de respetar el ordenamiento jurídico.*

Resulta relevante transcribir el fundamento tercero de la STS de 28 de abril de 2016, recurso ordinario 827/2015, tomado en consideración por el juzgado de lo contencioso cuya sentencia fue revocada por la Sala del TSJ Canarias ahora cuestionada;

Así en el Fundamento TERCERO se dijo:

«no cabe confundir el concepto de *democracia* como sistema de toma de decisiones por mayoría en cualquier ámbito posible cuyo *universo* puede ser delimitado con arreglo a cualesquiera criterios territoriales, grupales o de cualquier otra índole, con el concepto jurídico constitucional que aparece recogido en el art. 1 de la Constitución Española -obviamente aplicable en plenitud en la provincia de Barcelona- cuando establece que *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho.*»

La vinculación entre *democracia* y *Estado de Derecho* no es accesoria, sino sustancial, de manera que solo es posible calificar de actos o decisiones *democráticos* los que se ajustan, en su procedimiento de adopción y en su contenido, a la ley. En este sentido, no cabe aceptar de ningún modo que la colocación de las banderas *partidistas* —en el sentido que se acaba de exponer- en edificios y lugares públicos constituya un acto de “obligado” cumplimiento que se impone a los Alcaldes por cuanto obedece a la decisión “democrática” de un pleno municipal adoptada con el voto de concejales democráticamente elegidos.

En otras palabras, el hecho de que los acuerdos en los órganos colegiados se tomen democráticamente en modo alguno los hace conformes a Derecho, sino que precisamente están sujetos al mismo y por ello pueden ser invalidados, sin que la formación democrática de los mismos los sane ni pueda prevalecer sobre el ordenamiento jurídico, que vincula a todos los poderes públicos.»

Mientras en el CUARTO se recordó:

«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)»

También es relevante reproducir lo dicho en la STS 26 de junio de 2019, recurso casación 5075/2017 y reiterado en las SSTS 28 de junio de 2019, casación 352/2018 y 1 de julio de 2019, casación 4010/2017.

«**CUARTO.-** Y es que la propia STC 42/2014 aclara, en su FJ 4 c), en referencia al principio de legalidad que, «*en él se manifiesta la preeminencia del Derecho entendido en este contexto como la subordinación a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*» y que «*la primacía incondicional de la Constitución requiere que toda decisión del poder quede, sin excepción, sujeta a la Constitución, sin que existan, para el poder público, espacios libres de la Constitución o ámbitos de inmunidad frente a ella*». Concluyendo que, de esta forma, se protege el principio democrático pues la garantía de integridad de la Constitución ha de ser vista como preservación del respeto a la voluntad popular [STC 42/2014 FJ 4 c)].

QUINTO.- Estas últimas afirmaciones, de carácter sustantivo, sí son aplicables al caso que ahora enjuiciamos y resultan de relevancia para nuestra resolución porque no existe en nuestro Derecho ningún espacio franco o libre de la Ley, en el que puedan actuar poderes públicos. Abundando en lo que afirma el FJ 4 c) de la STC 42/2014, la Constitución se fundamenta en el principio de vinculación positiva de todas las Administraciones públicas al principio de legalidad. Así resulta de los artículos 9.1 («los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico») y del artículo 103.1 CE «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho», lo que alude a una conformidad total de la actuación a las normas y a los principios que las inspiran y no una libertad básica de actuación con el único límite externo de las normas mismas.»

QUINTO.- *El juicio de la Sala sobre la cuestión sometida a interés casacional.*

Los arts. 4, y 6 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas, establecen la forma en que se coloca no solo la bandera de España sino también la de las Comunidades Autónomas o municipales si las hubiere.

El recientemente reformado Estatuto de Canarias, LO 1/2018, de 5 de noviembre, en su art. 8 al referirse a los símbolos de Canarias reitera lo ya dicho en el art. 6 del anterior Estatuto, LO 10/82, de 10 de agosto, apartado, primero:

«La bandera de Canarias está formada por tres franjas iguales en sentido vertical, cuyos colores son, a partir del asta, blanco, azul y amarillo.»

Por ello en conjunción con lo expuesto en el fundamento precedente, la administración, incluyendo la municipal, ha de respetar el ordenamiento jurídico, art. 103.1 CE sin que lo acordado, aunque lo voten la mayoría de los grupos políticos, pueda incardinarse en el marco competencial fijado por el art. 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

En consecuencia, contraviene el ordenamiento un acuerdo que reconoce la bandera nacional de Canarias (la bandera de las siete estrellas verdes) como uno de los símbolos del pueblo canario acordando su enarbolamiento en un lugar destacado de la sede central del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife el 22 de octubre de 2016. No es la bandera oficial por lo que no puede atribuírsele la representatividad del pueblo canario como defiende el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife.

SSEXTO.- *La doctrina de la Sala sobre la cuestión sometida a interés casacional.*

A la vista de lo argumentado se fija como doctrina que no resulta compatible con el marco constitucional y legal vigente, y en particular, con el deber de objetividad y neutralidad de las Administraciones Públicas la utilización, incluso ocasional, de banderas no oficiales en el exterior de los edificios y espacios públicos, aun cuando las mismas no sustituyan, sino que concurren, con la bandera de España y las demás legal o estatutariamente instituidas.

Por ello se estima el recurso de casación manteniéndose la sentencia del Juzgado de lo Contencioso que declaró nulo de pleno derecho el acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife.

SÉPTIMO.- *Costas.*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, en relación con el artículo 93 LJCA, en el recurso de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Respecto a las de instancia mantenemos los pronunciamientos allí realizados.

FALLO

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

PRIMERO.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife en el recurso de apelación 198/2017.

SEGUNDO.- Se mantiene la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Santa Cruz de Tenerife el 29 de junio de 2017 en el procedimiento ordinario 320/2016 deducido por el Abogado del Estado contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife de 30 de septiembre de 2016 que anula.

TERCERO.- Se fija como doctrina la reflejada en el F.J. séptimo.

CUARTO.- En cuanto a las costas estése a los términos señalados en el último de los Fundamentos de Derecho.

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

Así se acuerda y firma.

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

