



		Referencia	R58178-0-1
Cliente	AJUNTAMENT DE MOLINS DE REI		
Letrado			
Procedimiento	2637/23 Sección 5ª Contencioso Administrativo T.S.J.C.		
Notificación	08/04/2024	Resolución	04/04/2024
Procesal	<b>22/05/2024 FINE INTERPONER RECURSO DE CASACION . Plazo 30 días</b>		

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

Vía Laietana, 56, 3ª planta 08003 Barcelona  
93 344 00 50

En aplicación de la normativa española y Europea de Protección de Datos de Carácter Personal, y demás legislación aplicable hágase saber que los datos de carácter personal contenidos en el procedimiento tienen la condición de confidenciales, y está prohibida la transmisión o comunicación a terceros por cualquier medio, debiendo ser tratados única y exclusivamente a los efectos propios del proceso en que constan, bajo apercibimiento de responsabilidad civil y penal.

Recurso de apelación de Sala núm. 2637/2023  
Recurso de apelación de la Sección Quinta núm. 656/2023

**SENTENCIA nº 1112/24**

**Ilmos. Sres.:**

PRESIDENTA

Dª. Mª Fernanda Navarro de Zuloaga

MAGISTRADOS

D. Francisco José Sospedra Navas

Dª. Elsa Puig Muñoz

En Barcelona, a cuatro de Abril de dos mil veinticuatro.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA) constituida como figura al margen, ha pronunciado EN NOMBRE DE S.M. EL REY esta sentencia para resolver el recurso de apelación arriba referenciado, interpuesto por IMPULSO CIUDADANO, representado por el Procurador de los Tribunales [REDACTED], asistido del Letrado [REDACTED].

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Elsa Puig Muñoz, quien expresa el parecer de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** En la pieza de medidas cautelares núm. 72/2022, que se incoó en el procedimiento ordinario 292/2022, seguido ante el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 5 de Barcelona, se dictó auto núm. 287/2023, con fecha 29/09/2023, que desestimó la solicitud de medida cautelar positiva formulada por la actora consistente en que la adopción de medida cautelar positiva consistente en que se acordara la reposición de la bandera oficial de España en el exterior del edificio del Ayuntamiento de Molins de Rei, por pérdida de objeto.

**SEGUNDO.** Contra dicho auto la parte actora instó su nulidad, al haberse dictado sin haberse concedido trámite de alegaciones en relación con el certificado solicitado por el Juzgado. Ese incidente fue resuelto por auto nº 317/2023, por el que se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones.

**TERCERO.** Elevadas las actuaciones a esta Sala, se acordó formar el oportuno rollo de apelación, se designó Magistrada Ponente y se señaló fecha para la votación y fallo del recurso.

**CUARTO.** En la sustanciación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO. Antecedentes relevantes**

Como es de ver en las actuaciones, la parte actora interpuso recurso contra la vía de hecho consistente en no reponer la bandera de España en el edificio consistorial. En ese mismo escrito solicitaba que se adoptara una medida cautelar positiva consistente en que se acordara la reposición de la bandera oficial de España en el exterior del edificio del Ayuntamiento de Molins de Rei.

Por diligencia de constancia de fecha 15/06/2022 se formó pieza de medidas cautelares.

En esa misma pieza se dictó providencia de fecha 13/07/2022 en la que se decía que:

*“Atès que s’ha donat trasllat a les parts en el procediment principal per una possible causa d’inadmissió del recurs resteu a la seva resolució per resoldre la mesura cautelar i una vegada es resolgui sobre la seva admissió o inadmissió es resoldrà.”*

En el decreto nº 49/2023, de fecha 04/07/2023, se decía que:

*“Único. La presente pieza separada se encontraba pendiente de resolver a la resolución que se dictara en los autos principales P.O. 292/22-A., y en fecha 15/09/22 fue dictado en las mismas Auto declarando la inadmisión de las presentes.”*

Y en su parte dispositiva se acordaba la finalización de las actuaciones y su archivo.

Ese decreto se notificó a ambas partes con fecha 05/07/2023.

La diligencia de ordenación de fecha 05/09/2023 acordó la reapertura de la medida cautelar que se archivó, habida cuenta que esta misma Sección Quinta ordenó la continuación del procedimiento principal.

Por providencia de fecha 12/09/2023 se acordó que *“Amb caràcter previ a resoldre la mesura cautelar instada requeriu a l'Administració demandada perquè certifiqui per part del Secretari de l'Ajuntament en el termini de 5 dies si a data d'avui la bandera espanyola es troba a la part exterior de l'Ajuntament”*.

Consta incorporado en la aplicación informática ejcat, el certificado emitido por la Secretaria del Ayuntamiento de Molins de Rei, en el que consta que el día 20/09/2023, a las 09:22, se ha tomado las fotografías que se incorporan al mismo certificado, en las que aparece la bandera de España, junto con la de Catalunya, Europa y la que parece ser la del propio Consistorio (las fotografías son de escasa calidad), pero se desconoce la fecha y modo de su presentación (no constan adjuntadas a ningún escrito procesal).

Por diligencia de ordenación de fecha 26/09/2023, que fue firmada por el Letrado de ese Juzgado el siguiente día 27/09/2023, y que se notificó a la actora el día 28/09/2023, se tuvo por presentado el citado certificado y se dio cuenta a la Magistrada para resolver.

Con fecha 29/09/2023 se dictó el auto nº 287/2023, cuyo contenido es:

*“Fets*

*Únic.- La part actora va instar l'adopció de mesura cautelar. Es va requerir a l'Ajuntament i enviat el corresponent ofici van quedar les actuacions per resoldre.*

*Raonaments jurídics*

*Únic.- Atès que consta que l'Administració ha procedit a donar compliment a la petició del recurrent la mesura ha perdut el seu objecte.*

*Part dispositiva*

*Desestimo la mesura instada per la part actora per pèrdua d'objecte de la mateixa.*

*Contra aquesta resolució hi poden interposar un recurs d'apel.lació en el termini de 15 dies davant de la Sala contenciosa administrativa del TSJ de Catalunya.”*

Dicho auto fue notificado a ambas partes el día 03/10/2023.

La actora presentó entonces la solicitud de nulidad de actuaciones (escrito presentado con fecha 04/10/2023), al entender que ese auto se había dictado sin que se le hubiera dado traslado del documento aportado por el Ayuntamiento a los efectos de que pudiera presentar alegaciones.

Conferido trámite de alegaciones a la parte demandada, las presentó con fecha 17/10/2023, alegando que el auto nº 287/2023 era susceptible de recurso de apelación, por lo que no procedía instar su nulidad.

Por providencia de fecha 22/10/2023 –que no está firmada, pero consta en el programa informático- se inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones. Y por nuevo auto nº 317/2023, de fecha 23/10/2023 –firmado en esa misma fecha-, por el que se desestima el incidente de nulidad.

Mediante escrito presentado con fecha 27/10/2023, la actora interpuso recurso de apelación contra el auto nº 287/2023, de fecha 29/09/2023 –que, como se ha dicho, le fue notificado el día 03/10/2023-, del que se dio traslado a la parte demandada por diligencia de ordenación de esa misma fecha para que pudiera oponerse, sin que haya formulado escrito de oposición, como se deja constancia en la diligencia de ordenación de fecha 01/12/2023, acordándose elevar las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso.

Por la apelante se aduce que el auto nº 287/2023 se había dictado sin que se le hubiera dado traslado del documento aportado por el Ayuntamiento (el certificado del Secretario de la Corporación que acredita la fecha en la que se tomaron unas fotografías de la fachada del edificio consistorial) a los efectos de que pudiera presentar alegaciones.

Se pretende que se estime el recurso de apelación, se revoque el auto apelado y se acuerde la adopción de la medida cautelar consistente en la reposición legal y reglamentaria de las banderas de España y de Catalunya en el exterior del edificio del ayuntamiento de Molins de Rei de manera permanente.

## **SEGUNDO. Resolución de la controversia**

La primera cuestión que debe destacarse es si el recurso de apelación contra el auto nº 287/2023 se ha presentado en plazo. Pues bien, ese auto se notificó a la actora el día 03/10/2023, y el recurso de apelación se interpuso el 27/10/2023, por lo que no es extemporáneo, habida cuenta de que cuando se presentó (haciendo uso de la facultad prevista en el art. 135 de la LEC, de aplicación supletoria en esta jurisdicción) cuando no se había agotado el plazo de 15 días que establece el art. 85.1 de la LJCA.

A ello no puede oponerse que se hubiera presentado previamente un incidente de nulidad, ya que, de acuerdo con el art. 228 de la LEC:

*“1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.*

*Será competente para conocer de este incidente el mismo Tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de veinte días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto*

*causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.*

*El Tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno.*

*2. Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado anterior de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, por el Letrado de la Administración de Justicia se dará traslado de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde, a las demás partes, que en el plazo común de cinco días podrán formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que se estimen pertinentes.*

*Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido. Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará, por medio de auto, al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el Tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de noventa a seiscientos euros.*

*Contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno.”*

Por ello, si contra el auto nº 287/2023 era posible interponer recurso de apelación, es evidente que los vicios que querían denunciarse en el incidente, se podían plantear en el recurso de apelación, de ahí que el incidente de nulidad era improcedente, y si bien su presentación no supuso la interrupción del plazo para interponer recurso de apelación, también es cierto que el recurso de apelación contra el auto que desestima la medida cautelar solicitada está presentado en plazo, con independencia que con anterioridad se haya presentado un incidente de nulidad de actuaciones improcedente.

De otra parte, el certificado de la Secretaria del Ayuntamiento de Molins de Rei, únicamente acredita que la bandera de España estuvo ondeada en un día concreto (el 20/09/2023), y a una hora (las 09:22h), pero no acredita la presencia continuada de esa bandera en el edificio consistorial. De hecho, la parte actora ha aportado una fotografía tomada días después –concretamente el 26/10/2023- en las que ya no está la bandera de España –ni ninguna otra- en la fachada del edificio consistorial.

Por ello, procede estimar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, revocar el auto recurrido, y acordar como medida cautelar positiva que el Ayuntamiento de Molins de Rei proceda a colocar la bandera de España en el mástil situado en la fachada del edificio consistorial, manteniéndola de forma permanente. Cuando la bandera requiera ser lavada, o esté deteriorada por cualquier causa, el Ayuntamiento deberá sustituirla por otra limpia y/o nueva de forma inmediata.

### **TERCERO. Costas**

En cuanto a las costas, de acuerdo con el artículo 139.2, en los recursos se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

Como quiera que se desestiman íntegramente las pretensiones del recurso de apelación, la condena en costas a la apelante es obligada, pero, atendidas las circunstancias concurrentes, no se van a imponer.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLO**

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido:

1º.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto nº 287/2023, de 29 de septiembre de 2023, dictado en la pieza de medidas cautelares 72/2022, que se anula y se deja sin efecto.

2º.- Acordar como medida cautelar positiva que el Ayuntamiento de Molins de Rei proceda a colocar la bandera de España en el mástil situado en la fachada del edificio consistorial, manteniéndola de forma permanente.

3º.- No hacer imposición de costas en esta instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, llevándose testimonio de la misma a los autos principales.

Contra la sentencia podrá interponerse recurso de casación, que deberá prepararse ante esta misma Sección en un plazo máximo de treinta días hábiles a contar desde el siguiente hábil al de la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 86 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), modificada en por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

A los anteriores efectos, deberá tenerse presente el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, de fijación de reglas sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación (BOE nº 162, de 6 de julio de 2016).

Conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, para la interposición del recurso de casación, deberá constituirse un depósito de CINCUENTA EUROS (50,00 euros) en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial.

Quedan exentos del abono de la tasa, en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los Organismos Autónomos dependientes, así como quienes tengan concedida la asistencia jurídica gratuita que deberá ser acreditada en autos al interponer el recurso de casación.

Una vez firme esta Sentencia, remítanse al Juzgado de procedencia las actuaciones recibidas con certificación de la presente sentencia y atento oficio para que se lleve a efecto lo resuelto.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.