



Roj: **STS 2664/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:2664**

Id Cendoj: **28079130072014100210**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **18/06/2014**

Nº de Recurso: **555/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Junio de dos mil catorce.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso contencioso-administrativo que con el número 555/2012 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la GENERALITAT DE CATALUNYA, representada por el Abogado de su Gabinete Jurídico, frente al Acuerdo de 31 de octubre de 2012 de la Junta **Electoral** Central (dictado en el Expte. 293/322).

Ha sido parte recurrida la JUNTA **ELECTORAL** CENTRAL, representada por el Letrado de las Cortes Generales; también se ha personado en el proceso el PARTIDO POPULAR, representado por el Procurador don Manuel Sánchez-Puelles González- Carvajal; y ha intervenido así mismo el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 8 de noviembre de 2012 la GENERALITAT DE CATALUNYA interpuso recurso contencioso-administrativo frente al Acuerdo de la Junta **Electoral** Central que antes se ha mencionado, el cual fue admitido por la Sala, motivando la reclamación del expediente administrativo que, una vez recibido, se puso de manifiesto a la parte recurrente para que formalizase la demanda dentro del correspondiente plazo, y así lo verificó mediante un escrito en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando:

« SOLICITO A LA SALA:

Que admita este escrito con sus copias y documentos adjuntos, que tenga por devuelto el expediente administrativo y por formulada la demanda en el recurso citado y que, después de cumplir con los trámites legales pertinentes, dicte Sentencia por la que se estime el presente recurso contencioso administrativo y, por consiguiente:

*1º) Declare nulo de pleno derecho o, en su caso, anulable el Acuerdo de la Junta **Electoral** Central de 31 de octubre de 2012 objeto de este recurso.*

*2º) Reconozca el derecho de mi representada de organizar, con ocasión de los procesos **electorales** que se convoquen, campañas institucionales que tengan como finalidad la participación ciudadana, en los términos que prevé el artículo 43 del Estatuto de Autonomía de Catalunya».*

SEGUNDO.- El Letrado de las Cortes Generales, en representación de la JUNTA **ELECTORAL** CENTRAL, se opuso a la demanda pidiendo la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- La representación procesal del PARTIDO POPULAR, en el trámite de oposición que le fue conferido, pidió la desestimación íntegra de la demanda y que se imponga a la parte actora el pago de las costas causadas.



CUARTO.- El MINISTERIO FISCAL realizó alegaciones en las que también solicitó la íntegra desestimación de la demanda y la imposición de las costas a la recurrente.

QUINTO.- Una vez las partes litigantes formularon sus conclusiones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 4 de junio de 2014.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actual recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la GENERALITAT DE CATALUNYA, se dirige contra el Acuerdo de 31 de octubre de 2012 de la Junta **Electoral** Central [JEC], que fue dictado como consecuencia de unas denuncias contra la campaña institucional que la Generalitat había promovido en relación con las elecciones autonómicas de 25 de noviembre de 2012.

El contenido del Acuerdo recurrido es éste:

«1º.- Los vídeos y las cuñas radiofónicas que constituyen el objeto de estas denuncias deben considerarse como campaña de incentivación al voto en las próximas elecciones al Parlamento de Cataluña de 25 de noviembre de 2012, como admite explícitamente la Generalidad de Cataluña en su escrito de alegaciones.

2º.- La Junta **Electoral** Central, en su Acuerdo de 17 de febrero de 2011, declaró lo siguiente:

"El nuevo apartado 2 de la Disposición Adicional Primera de la LOREG, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, ha incluido expresamente el apartado 1 del artículo 50 de la LOREG entre los preceptos que deben aplicarse a las elecciones a Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas. Esa modificación supone que en futuras elecciones autonómicas, la autoridad que convoque un proceso **electoral** puede realizar una campaña de carácter institucional destinada a informar a los ciudadanos sobre la fecha de la votación, el procedimiento para votar y los requisitos y trámite del voto por correo, sin influir, en ningún caso en la orientación del voto de los electores. En consecuencia, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, no cabe realizar una campaña de fomento de la participación de los electores en la votación".

Ese mismo criterio fue incluido en el apartado Cuarto de la Instrucción 2/2011 de la Junta **Electoral** Central.

3º.- En el presente caso, el apartado cinco de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley Orgánica 4/1979, del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que se ha mantenido vigente por la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, dispone que "en todo aquello que no esté previsto en la presente disposición serán de aplicación las normas vigentes para las elecciones al Congreso de los Diputados de las Cortes Generales".

En consecuencia, las elecciones al Parlamento de Cataluña de 25 de noviembre de 2012 se rigen por el régimen jurídico establecido para el Congreso de los Diputados, por decisión del legislador catalán, en la medida en que ha mantenido la aplicación transitoria de este régimen jurídico, en el que se incluye el artículo 50.1 de la LOREG.

4º.- No hay contradicción entre el criterio expuesto y el artículo 43.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, ya que dicho artículo, considerado como principio rector por el propio Estatuto de Autonomía, al señalar que "los poderes públicos deben procurar que las campañas institucionales que se organicen en ocasión de los procesos **electorales** tengan como finalidad la de promover la participación ciudadana", debe concretarse por la legislación que lo desarrolle, como aclara el artículo 39 del referido Estatuto de Autonomía de Cataluña. Y cabe entender que la forma en que debe realizarse esa campaña de fomento de la participación es la que dispone la legislación reguladora del proceso **electoral** correspondiente, que en este caso viene recogida por el artículo 50.1 de la LOREG.

En este mismo sentido, el artículo 109 de la Ley del Parlamento de Cataluña 22/2005, de 29 de diciembre, de la Comunicación Audiovisual de Cataluña, señala que "las Administraciones de Cataluña, durante los períodos **electorales**, únicamente pueden hacer campañas de carácter institucional destinadas a informar a los ciudadanos sobre la fecha en que han de tener lugar las elecciones o el referéndum, el procedimiento para votar y los requisitos y los trámites del voto por correo. Estas campañas en ningún caso pueden sugerir, directa o indirectamente, opciones de voto".

5º.- Se ha de recordar además que el artículo 50.1 de la LOREG establece que estas campañas institucionales únicamente pueden difundirse en espacios gratuitos en medios públicos, resultando contrario al citado precepto el que puedan llevarse a cabo mediante medios privados.

Por lo expuesto, esta Junta considera que los vídeos y las cuñas radiofónicas objeto de estas denuncias constituyen una campaña institucional de incentivación del voto no amparada por la legislación **electoral**



aplicable a las elecciones al Parlamento de Cataluña de 25 de noviembre de 2012, y, en consecuencia, la Generalidad de Cataluña deberá proceder a su inmediata retirada, sin que proceda la incoación de expediente sancionador».

El Acuerdo incluye el siguiente VOTO PARTICULAR formulado por tres miembros de la Junta **Electoral** Central:

«Con todo respeto al parecer mayoritario de los miembros de la Junta **Electoral** Central disentimos del acuerdo alcanzado por las siguientes razones:

a) Consideramos que el artículo 50.1 de la LOREG y el artículo 43.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña deben ser interpretados de manera integradora, coherenciando el contenido de ambos. De ese modo la campaña institucional de fomento de la participación y del voto realizada por la Generalidad de Catalunya no quedaría prohibida, sino todo lo contrario, permitida por la aplicación sistemática de ambos preceptos.

b) El artículo 43 del Estatuto de Autonomía de Cataluña es un principio rector que se impone a los poderes públicos obligando al fomento de la participación. En concreto dice: "Los poderes públicos deben procurar que las campañas institucionales que se organicen en ocasión de los procesos **electorales** tengan como finalidad la participación ciudadana...".

c) La interpretación del artículo 50.1 de la LOREG no conduce a la conclusión de que el mismo prohíba que los poderes públicos fomenten la participación ciudadana en las elecciones, ya que del tenor literal del precepto no resulta tal prohibición. El precepto se limita a prohibir que las campañas influyan en la orientación del voto de los electores. Si la intención del legislador hubiera sido efectuar dicha prohibición, al modificar dicho precepto por la Ley Orgánica 2/2011, lo hubiera hecho constar expresamente.

d) La aplicación de ambos preceptos conduce a la posibilidad de que los poderes públicos fomenten la participación ciudadana, en virtud de lo establecido en el artículo 43 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, posibilidad no prohibida por el artículo 50.1 de la LOREG.

En consecuencia, entendemos, que el motivo del recurso referido a la imposibilidad de que los poderes públicos autonómicos realicen campañas institucionales de fomento de la participación ciudadana, debió ser rechazado.

No nos pronunciamos sobre el resto de motivos de los recursos puesto que no han sido resueltos por la Junta **Electoral** Central».

SEGUNDO.- La demanda postula la anulación del acuerdo recurrido y que se reconozca a la recurrente el derecho "de organizar, con ocasión de los procesos **electorales** que se convoquen, campañas institucionales que tengan como finalidad la participación ciudadana, en los términos que prevé el artículo 43 del Estatuto de Autonomía de Catalunya".

En ella se reconoce que en la campaña institucional organizada por la Generalitat de Catalunya se emitieron anuncios y cuñas radiofónicas dirigidas a fomentar la participación y, con este punto de partida, se afirma que la cuestión objeto de este litigio es estrictamente jurídica, pues consiste en decidir si una campaña institucional de incentivación del voto está o no amparada por la legislación **electoral**.

La demandante sostiene que sí lo está y censura la solución contraria seguida por la JEC, a la que dirige estos dos principales reproches: una indebida interpretación del artículo 50.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen **Electoral** General [LOREG]; y una vulneración de lo dispuesto en el artículo 43 del actual Estatuto de Autonomía de Catalunya [EAC].

A ello añade que la JEC funda su decisión en un precepto, el artículo 109.2.d) de la Ley 22/2005, de 29 diciembre, de la Comunicación Audiovisual de Catalunya , que debe considerarse tácitamente derogado por el antes mencionado artículo 43 del EAC.

Y aduce, por último, que la propia JEC amparó campañas incentivadoras de la participación que estaban previstas en la legislación autonómica.

Por lo que hace al artículo 50.1 de la LOREG, se defiende, siguiendo al voto particular, que una correcta interpretación del mismo no permite concluir que esté prohibiendo a los poderes públicos fomentar la participación ciudadana, ya que lo único que literalmente impide es influir en el sentido del voto de los electores; y se subraya así mismo que este fomento de la participación es lo que hace el artículo 43 del EAC.

Luego, tras reconocerse que la nueva disposición adicional primera de la LOREG (introducida por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero) declara aplicable ese mencionado artículo 50.1 de la LOREG a las elecciones a los parlamentos autonómicos, se argumenta también que debe hacerse una interpretación integradora de este precepto y del artículo 43 EAC, porque lo contrario significaría afirmar que se ha producido una

modificación o reforma de este último precepto del EAC sin haberse seguido el procedimiento de reforma previsto en el artículo 222 de dicho EAC.

TERCERO.- La decisión a esa cuestión que acaba de apuntarse, esto es, la de decidir si el artículo 50.1 de la LOREG prohíbe o no que los poderes públicos realicen campañas de incentivación del voto, requiere tomar en consideración los siguientes datos normativos:

En primer lugar, que la versión inicial del artículo 50.1 y la disposición adicional primera de la LOREG fue ésta:

« **Artículo cincuenta.**

1. Los poderes públicos pueden realizar en período **electoral** una campaña de carácter institucional destinada a informar e incentivar la participación en las elecciones, sin influir en la orientación del voto de los electores.

DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA.

2. En aplicación de las competencias que la Constitución reserva al Estado se aplican también a las elecciones a Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas convocadas por éstas, los siguientes artículos del Título I de esta Ley Orgánica:

1 al 42; 44; 45; 46.1, 2, 4, 5, 6, 8; 47.4; 49; 51.2, 3; 52; 53; 54; 58; 59; 60; 61; 62; 63; 65; 66; 68; 69; 70.1, 3; 72; 73; 74; 75; 85; 86.1; 90; 91; 92; 93; 94; 95.3; 96; 103.2; 108.1 y 6; 109 a 119; 125 a 130; 131.2; 132; 135 a 152».

En segundo lugar, que la redacción actual de esas dos mismas normas de la LOREG es la siguiente:

« **Artículo cincuenta.**

1. Los poderes públicos que en virtud de su competencia legal hayan convocado un proceso **electoral** pueden realizar durante el período **electoral** una campaña de carácter institucional destinada a informar a los ciudadanos sobre la fecha de la votación, el procedimiento para votar y los requisitos y trámite del voto por correo, sin influir, en ningún caso, en la orientación del voto de los electores. Esta publicidad institucional se realizará en espacios gratuitos de los medios de comunicación social de titularidad pública del ámbito territorial correspondiente al proceso **electoral** de que se trate, suficientes para alcanzar los objetivos de esta campaña.

DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA.

2. En aplicación de las competencias que la Constitución reserva al Estado se aplican también a las elecciones a Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas convocadas por éstas, los siguientes artículos del Título I de esta Ley Orgánica:

1 al 42; 44; 44 bis; 45; 46.1, 2, 4, 5, 6 y 8; 47.4; 49; 50.1, 2 y 3; 51.2 y 3; 52; 53; 54; 58; 59; 60; 61; 62; 63; 65; 66; 68; 69; 70.1 y 3; 72; 73; 74; 75; 85; 86.1; 87.2; 90; 91; 92; 93; 94; 95.3; 96; 103.2; 108.2 y 8; 109 a 119; 125 a 130; 131.2; 132; 135 a 152».

En tercer lugar, que el vigente EAC incluye, dentro de su Título I, un Capítulo V denominado "Principios rectores", del que forman parte estos dos preceptos:

« **Artículo 39.**

3. Los principios rectores son exigibles ante la jurisdicción, de acuerdo con lo que determinan las leyes y las demás disposiciones que los desarrollan».

« **Artículo 43.**

3. Los poderes públicos deben procurar que las campañas institucionales que se organicen en ocasión de los procesos **electorales** tengan como finalidad la de promover la participación ciudadana y que los electores reciban de los medios de comunicación una información veraz, objetiva, neutral y respetuosa del pluralismo político sobre las candidaturas que concurren en los procesos **electorales**».

También la siguiente **Disposición Transitoria Segunda**:

« **VIGENCIA DE DISPOSICIONES TRANSITORIAS ANTERIORES.**

Las disposiciones transitorias tercera, cuarta y sexta de la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cataluña, mantienen, en lo que corresponda, la vigencia como regulación transitoria».

Y, en cuarto lugar, que en ese anterior EAC de 1979 su **Disposición Transitoria Cuarta** establecía:

«5. En todo aquello que no esté previsto en la presente Disposición, serán de aplicación las normas vigentes para las elecciones legislativas al Congreso de los Diputados de las Cortes Generales».



CUARTO.- La ponderación conjunta de los anteriores datos normativos, en contra de lo preconizado por la Generalitat de Catalunya, no permite considerar que las campañas de incentivación de participación tengan sustento legal y, por el contrario, a lo que conduce es a confirmar como correcta la aquí controvertida decisión de la JEC.

I.- Lo primero que debe decirse en apoyo de lo anterior es que ese artículo 50.1 de la LOREG debe ser interpretado en la clave constitucional del sufragio libre que proclama el artículo 68 de la Carta Magna. Sufragio libre que significa proclamar como un esencial designio de verdadera democracia el establecer un sistema **electoral** que garantice un marco institucional de neutralidad en el que el ciudadano pueda con absoluta libertad, sin interferencias de ningún poder público, decidir los términos y el alcance de su participación política, asumiendo voluntariamente cualquiera de las opciones posibles a este respecto, e incluyendo entre ellas, en el mismo plano de legitimidad, la de la abstención. Y todo esto conlleva que, ante el silencio de la redacción actual de ese artículo 50.1 de la LOREG, una interpretación teleológica del mismo impone excluir de las campañas institucionales que directamente regula las actuaciones de incentivación del voto.

Ha de afirmarse, así mismo, que una interpretación de ese mismo artículo según sus antecedentes históricos y legislativos (artículo 3.1 del Código civil) lleva al mismo resultado de la exclusión de la incentivación del voto, pues si la reforma de la Ley Orgánica 13/1994 eliminó de su texto la expresión "*incentivar la participación en las elecciones*", parece que es clara la voluntad de dicha ley orgánica de que las campañas institucionales no comprendan esa clase incentivación.

II.- Tras lo que antecede, ha de afirmarse también que el artículo 43.3 del actualmente vigente EAC no habilita, con exclusivo apoyo de lo que en él se declara, para desarrollar campañas institucionales de incentivación del voto con un alcance diferente a lo que establece la actual redacción del artículo 50.1 de la LOREG en la interpretación de este precepto que acaba de preconizarse. Y así ha de ser considerado por lo siguiente:

(a) al incorporar dicho artículo 43.3 un principio rector, ha de estarse a lo que dispone el artículo 39.3 del propio EAC sobre que los principios rectores son exigibles ante la jurisdicción "*de acuerdo con lo que determinan las leyes y las demás disposiciones que los desarrollan*", lo que significa que tales principios por sí solos no son directamente aplicables;

(b) en lo que se refiere a las campañas institucionales en las elecciones al Parlamento de Cataluña, rige lo que establece la Disposición Transitoria Segunda, 5, del propio EAC, que, por la vigencia que declara de la Disposición Transitoria Cuarta del anterior EAC de 1979, conduce a la aplicación del artículo 50.1 y la Disposición Adicional Primera de la LOREG en sus redacciones actualmente vigentes; y

(c) lo anterior es coherente con la competencia exclusiva del Estado para el desarrollo de los derechos fundamentales y el régimen **electoral** general que resulta de lo establecido en el artículo 81.1 de la Constitución .

Por lo cual, no es de compartir la contradicción que la demanda pretende ver entre la LOREG y el EAC, ni tampoco que la nueva Disposición Adicional primera de dicha LOREG (en la aplicación que dispone del artículo 50.1 a las elecciones a Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas) haya significado una modificación del EAC.

III.- Todo lo anterior hace que el argumento esgrimido por la demanda sobre la aplicación que la JEC hace del artículo 109 de la Ley de Catalunya 22/2005 resulte ya intrascendente para la pretensiones ejercitadas, y que tampoco sean de considerar los precedentes de la propia JEC correspondientes a momentos y situaciones normativas distintas.

QUINTO.- Procede, de conformidad con lo antes razonado, y sin necesidad de otros análisis, la desestimación del recurso contencioso-administrativo; con imposición a la parte recurrente de las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de esta jurisdicción contencioso-administrativa -LJCA- (según la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal) y por no concurrir razones que justifiquen apartarse de la regla general establecida en dicho precepto legal.

Pero la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese mismo artículo 139 de la LJCA , señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos comprendidos en ellas la de 3.000 euros; y para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en atención a las circunstancias del asunto y a la dedicación requerida para formular la oposición.

FALLAMOS



1.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la GENERALITAT DE CATALUNYA frente al Acuerdo de 31 de octubre de 2012 de la JUNTA **ELECTORAL** CENTRAL (dictado en el Expte. 293/322), al ser este acuerdo conforme a Derecho en lo que ha sido objeto de discusión en este proceso.

2.- Imponer a la mencionada recurrente las costas procesales hasta el límite establecido en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso-Administrativo**

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:18/06/2014

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Vicente Conde Martin de Hijas.

Con expresión de pleno respeto del parecer mayoritario reflejado en nuestra Sentencia, en ejercicio de la facultad establecida en el art. 260.1 LOPJ , formulo voto particular con el alcance y las razones que paso a exponer.

PRIMERO.- Mi disentimiento del parecer mayoritario tiene que ver en exclusiva con la fundamentación jurídica conducente al fallo, no con éste, que comparto sin reservas; si bien creo que la referida fundamentación debió ser otra distinta, que expuse en la deliberación, y que no fué compartida por mis colegas.

La razón de dar expresión pública a mi disentimiento respecto de la fundamentación, mira, no tanto, a su funcionalidad para la decisión de este recurso, cuanto a su posible valor como precedente jurisprudencial. En tal sentido las líneas básicas de tal fundamentación no las considero acertadas en puntos clave: algunas de las líneas por omisión, y otras porque me resultan directamente erróneas.

SEGUNDO.- En mi criterio debía haberse partido de modo inmediato del examen de la posibilidad o no de conciliación entre lo dispuesto en el art. 43.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC en adelante) modificado por la Ley Orgánica 6/2006 y el art. 50.1 de la Ley Orgánica 5/1985 de Régimen **Elector**al General (LOREG en adelante), planteamiento que solo de modo muy tenue, casi colateral, se aborda en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia.

A mi juicio tal conciliación no es posible en la medida en que el art. 43.3 EAC no solo permite la incentivación de la participación ciudadana en las elecciones, que el art. 50.1 LOREG no prevé, sino que incluso erige esa incentivación en finalidad de las campañas institucionales (*«los poderes públicos deben procurar que las campañas institucionales que se organicen en ocasión de los procesos **electorales** tengan como finalidad la de promover la participación ciudadana...»* -los subrayados míos-).

Por contraste, el art. 50.1 LOREG, que en la versión inicial de 1985, (como se indica en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia) incluía la posibilidad de *“incentivar la participación”*(*«1. Los poderes públicos pueden realizar en periodo **electoral** una campaña de carácter institucional destinada a informar e incentivar la participación, sin influir en la orientación del voto de los electores»*), en la modificación introducida por la LO 13/1994, suprimió la posibilidad de *“incentivar la participación”*(*«Los poderes públicos que en virtud de su competencia legal hayan convocado un proceso **electoral** pueden realizar durante el periodo **electoral** una campaña de carácter institucional destinada a informar a los ciudadanos sobre la fecha de votación, el procedimiento para votar y los requisitos y trámite del voto por correo, sin incluir, en ningún caso, en la orientación del voto de los electores...»*).

Si se comparan ambos preceptos del EAC y de la LOREG se advierte de inmediato una marcada diferencia entre las expresiones *«deben procurar»*, y que *«tengan como finalidad la de procurar la participación ciudadana»*, del primero; y la de *«puedan realizar»*, y la no inclusión de la posibilidad de *«incentivar la participación ciudadana»*, del segundo, que, a mi juicio, los hace inconciliables.

La línea de conciliación buscada en la interpretación integradora propuesta por la Generalidad de Cataluña, siguiendo la, a su vez, argüida en el voto particular a la resolución recurrida (vid. F.D. Primero de esta nuestra Sentencia en el que se transcribe) parte de que el art. 50.1 LOREG no prohíbe la incentivación de la participación ciudadana, por lo que nada obsta a que el art. 43.3 EAC pueda establecerla.

Creo que ese planteamiento merecía una respuesta explícita en nuestra sentencia que echo de menos, siendo ésta una de las líneas de omisión a las que me he referido en el apartado primero de este voto.



No me parece correcto el planteamiento de interpretación integradora aludido, pues, a mi juicio, la cuestión no puede centrarse en el plano conceptual de lo que la LOREG pueda prohibir (planteamiento desde el que resultaría defendible la tesis de la Generalidad), sino en un plano del principio de legalidad positivo, en el sentido de que las Administraciones no pueden hacer todo lo que la Ley no les prohíba (posición constitucional de los ciudadanos), sino solo lo que la Ley establece dentro de la función que les atribuye.

Es desde ese plano conceptual desde el que debe plantearse el problema. Y junto a él debe tomarse en consideración el dato de cuál sea la norma estatal a la que la Constitución reserva la regulación de cada materia, que es la clave esencial en orden a decidir cuál deba ser la norma aplicable en cada caso, cuando entre dos normas estatales del mismo rango jerárquico pueda surgir la necesidad de decidir cuál deba ser la norma prevalente.

Desde la doble consideración precedente, y comenzando por la primera, debe destacarse que la LOREG en su art. 50.1 no incluye entre las facultades de la Administración que convoca un proceso **electoral** la facultad de «*incentivar la participación*»; por lo que dicha Administración carece de habilitación legal para tal incentivación. Y es la LOREG, según razonaré de inmediato, y no otra ley, la que debe definir las facultades de las Administraciones al respecto, por ser materia pertinente al régimen **electoral** general.

Frente a ello el art. 43.3 EAC establece, con la contundencia que implican los párrafos que líneas atrás subrayé, no sólo la posibilidad de tal incentivación, sino el deber de llevarla a cabo, y además como finalidad de las campañas **electorales**.

TERCERO.- Considero que entre ambos preceptos existe una clara antinomia, que debe ser resuelta, atendiendo por ello al segundo de los criterios que antes he indicado.

Sobre el particular he de empezar afirmando que la intervención de las Administraciones convocantes de todo tipo de procesos **electorales**, y salvo que la Ley constitucionalmente reservada para ello establezca lo contrario, es materia propia del régimen **electoral** general, sea cual sea el tipo de elección de que se trate, y por tanto aunque se trate de la elección para el Parlamento de una Comunidad Autónoma. En tal sentido debemos acudir a la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 38/1983, de 16 de mayo F.J. 2º y 3º.

Esto sentado, opera en relación con dicha materia a la reserva de Ley Orgánica establecida en el art. 81.1 CE, siendo la LOREG el marco constitucionalmente reservado para la regulación. Consecuencia de ello es la de que en caso de potencial conflicto entre LOREG y EAC respecto a un contenido de la materia reservada a la primera, la norma de preferente aplicación deberá ser la primera y no la segunda.

Dicha preferencia no pasa por una previa y necesaria consideración de la eventual inconstitucionalidad del EAC o de la LOREG por la invasión por una o por otra del ámbito reservado a cada una de ellas, eventual inconstitucionalidad que, en su caso, habría de someterse al enjuiciamiento del Tribunal Constitucional, ex art. 163 CE, 35 LOTC y 5.2 LOPJ, con lo que pretendo dar contestación a la alegación de la Generalidad de Cataluña de una modificación del EAC por la LOREG, sin atenerse al procedimiento constitucionalmente establecido para ello.

La explicación en este caso, aunque en algún sentido compleja, es a la postre clara.

En el momento de producirse la modificación del EAC por la LO 6/2006, y de nacer a la vida jurídica el actual art. 43.3 EAC, la materia que en dicho precepto se contiene no estaba regulada por la LOREG, en la cual su Disposición Adicional Primera 2 establecía cuáles de sus disposiciones eran aplicables a las elecciones a Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, y en cuyo elenco no se incluía el art. 50.1, que es el que suscita el problema de conciliación con el art. 43.3 EAC. No habiendo incluido el Estado en el contenido del régimen **electoral** general que tenía reservado la regulación del art. 50.1 en relación con las elecciones a Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, nada impedía que el EAC, como parte del contenido adicional de Estatuto (art. 149.3 y 147.2 CE, FFJJ 12 de la STC 247/2007 y 4 de la STC 31/2010) pudiera establecer una regulación como la de su art. 43.3; lo que en ese momento no suscitaba problema alguno de colisión con un precepto como el art. 50.1 LOREG, a la sazón no aplicable en Cataluña. En otros términos, la LOREG dejaba libre el espacio normativo para una posible regulación estatutaria.

Pero el Hecho de que el EAC contuviese tal regulación, no cerraba el paso para que en una ulterior modificación de la LOREG (como en efecto ocurrió) el Estado pudiese ejercer la competencia que constitucionalmente le correspondía, ocupando el espacio que antes había dejado libre, sin que ello supusiera modificación de dicho EAC, sino simplemente desplazamiento de la regulación del mismo por la norma posterior, privando así de aplicabilidad inmediata a dicha norma estatutaria.



Tal desplazamiento se produce a partir de la modificación de la Disposición Adicional Primera de la LOREG por la LO 2/2011 de 8 de enero, que incluye ya su art. 50.1 entre las disposiciones de la misma aplicables a las elecciones a Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas.

Es precisamente a partir de esta modificación, cuando surge ya en el plano teórico el conflicto normativo entre el art. 43.3 EAC y el art. 50.1 LOREG, cuya solución debe cursar por la aplicabilidad al caso que nos ocupa de la LOREG, como norma a la que está reservada el régimen **electoral** general, del que forma parte, sin duda, la regulación de las facultades atribuidas a las Administraciones convocantes de las diferentes elecciones, en la medida en que inciden en el ejercicio del derecho fundamental del art. 23.2 CE.

Se trata en definitiva de un problema de selección de la norma aplicable, y no, ni de hipotética inconstitucionalidad sobrevenida del art. 43.3 EAC por invasión con posterioridad a su vigencia inicial del ámbito constitucionalmente reservado a otra Ley Orgánica del Estado: la LOREG; ni de inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Primera de esta, por modificación del EAC sin seguir para ello el procedimiento constitucionalmente establecido.

Centrándonos, pues, en la aplicabilidad al caso del art. 50.1 LOREG y correlativamente en la inaplicabilidad del art. 43.3 EAC, deviene la consecuencia de que la Generalidad de Cataluña no podía llevar a cabo la campaña de promoción de la participación ciudadana en las elecciones al Parlamento de Cataluña que estaba llevando a cabo; por lo que la resolución de la Junta **Electoral** Central, que, acogiendo las denuncias de varios partidos concurrente a las elecciones, ordenó la retirada de dicha campaña promocional, resulta plenamente conforme a Derecho, debiendo desestimarse el recurso contra la resolución impugnada.

CUARTO.- El Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia sigue una línea argumental para justificar la inaplicabilidad al caso del art. 43.3 EAC, que considero errónea, asentada en tres presupuestos conceptuales:

a) El de que la interpretación del art. 50.1. LOREG desde la clave interpretativa que supone el art. 68 CE respecto a la libertad del voto conduce, en una interpretación teleológica de dicho art. 50.1 LOREG, a *"excluir de las campañas institucionales que directamente regula las actuaciones de incentivación del voto"*.

b) el de que *"el artículo 43.3 del actualmente vigente EAC no habilita, con exclusivo apoyo de lo que en él se declara, para desarrollar campañas institucionales de incentivación del voto con un alcance diferente a lo que establece la actual redacción del artículo 50.1 de la LOREG en la interpretación de este precepto que acaba de preconizarse"*.

c) y el de que la no habilitación del art. 43.3 EAC para incentivar la promoción de la participación en las elecciones resulta de la inaplicabilidad directa del art. 43.3 EAC, por razón de lo dispuesto en el art. 39.3 del mismo, y de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda 5 del EAC, que declara vigente la Disposición Transitoria Cuarta del anterior EAC de 1979; lo que *"conduce a la aplicación del artículo 50.1 y la Disposición Adicional Primera de la LOREG en sus redacciones actualmente vigentes"*.

Ninguno de dichos presupuestos conceptuales me resulta compatible.

QUINTO.- En cuanto al primero de dichos presupuesto conceptuales considero inconsistente deducir del principio constitucional de libertad de voto, proclamado en el art. 68.1 CE, una exclusión de las posibles campañas institucionales de incentivación del voto.

Una deducción tal me resulta excesiva, y por ello no aceptable.

Con ella se presta base para proyectarse una sombra de inconstitucionalidad, que no me resulta procedente, sobre la redacción inicial del art. 50.1 LOREG vigente hasta su modificación por la LO 13/1994, y sobre una práctica seguida durante muchos años, (lo que, por corresponder a un pasado superado carecería en el momento actual de transcendencia jurídica); y sobre todo sobre el art. 43.3 EAC, que establece, con el énfasis que antes se indicó, la promoción de la participación **electoral**.

La lógica de la afirmada interpretación constitucional del art. 50.1 LOREG, ex art. 68.1 CE, debiera conducir a un planteamiento de mayor calado constitucional sobre la validez constitucional del art. 43.3 EAC, y no solo sobre su inaplicabilidad al caso por las razones que el texto de la sentencia explica.

Frente a la que considero exagerada deducción del art. 68.1 CE respecto a la posibilidad de campañas de incentivación de la participación **electoral**, entiendo que dicho precepto no veda en principio la posibilidad de que la LOREG incluya entre las facultades atribuidas a las Administraciones competentes para la convocatoria de elecciones la de promover campañas de incentivación de la participación, como hiciera en su versión inicial el art. 50.1 LOREG, y como en la actualidad establece el art. 43.3 EAC (otra cosa es la inaplicabilidad de este por la razón que he explicado, no por su eventual inconstitucionalidad); lo que, naturalmente, no justificaría



cualquier tipo de campaña, dependiendo su compatibilidad con el art. 68.1 CE del contenido de la que se tratase.

En definitiva, será el legislador de la LOREG el que podrá optar por una u otra alternativa de facultar o no para la instrumentación de campañas de incentivación del voto, sin que considere acertado que de modo apriorístico nos pronunciemos en sentido constitucionalmente descalificatorio de su posibilidad.

SEXTO.- El segundo de los presupuestos conceptuales referido en el párrafo *b* del Fundamento Cuarto anterior niega que el art. 43.3 EAC habilite para el desarrollo de campañas institucionales de incentivación del voto con un sentido diferente de lo dispuesto en el art. 50.1 LOREG.

Me parece que un razonamiento tal no se ajusta al diferente contenido normativo de uno y otro precepto, y a sus diferencias sustanciales, a su antinomia en definitiva, que he tratado de evidenciar líneas atrás, a las que me remito, para expresar mi oposición a tal presupuesto conceptual.

SÉPTIMO.- El tercero de los presupuestos conceptuales referido en el apartado *c* del Fundamento Cuarto, con el que se pretende justificar la afirmación del presupuesto conceptual anterior, tiene un doble contenido: en primer lugar, la negación de la virtualidad normativa inmediata del art. 43.3 EAC por su condición de principio rector, en razón de lo dispuesto en el art. 39.3 EAC; y en segundo lugar, la fundamentación de la aplicabilidad del art. 50.1 LOREG por lo dispuesto en la Disposición Transitoria Cuarta 5 del EAC de 1979, cuya vigencia transitoria declara la Disposición Transitoria Segunda del EAC 2006.

La argumentación de dichos dos contenidos la considero desacertada.

Respecto al primero de ellos en realidad implica negar valor normativo a dicho principio rector en tanto no sea desarrollado por una Ley, lo que estimo erróneo, y contrario a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el valor normativo de los principios rectores contenidos en las SSTC 19/1989, F. 6 y 14/1992 F.J. 11 (SSTC 19/1989 ,F.J. 6º «...conjunto de los principios rectores de la política social y económica del capítulo III del título I, cuyo «reconocimiento, respeto y protección» informarán «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», según dice el artículo 53, 3, de la Constitución , que impide considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las Leyes. »).

SSTC 14/1992 F.J. 11º «Este precepto enuncia -con referencia al art. 51.CE - un principio rector de la política social y económica, y no un derecho fundamental. Pero de ahí no se sigue que el legislador pueda contrariar el mandato de defender a los consumidores y usuarios, ni que este Tribunal no pueda contrastar las normas legales, o su interpretación y aplicación, con tales principios. Los cuales, **al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los arts. 9 y 53 de la Constitución** [STC 19/1982 (RTC 1982\19), fundamento jurídico 6.º]. Ahora bien, es también claro que, **de conformidad con el valor superior del pluralismo político** (art. 1.1 de la Constitución), **el margen que estos principios constitucionales dejan al legislador es muy amplio. Así ocurre con el art. 51.1 de la Constitución , que determina unos fines y unas acciones de gran latitud, que pueden ser realizados con fórmulas de distinto contenido y alcance. Pero, en cualquier caso, son normas que deben informar la legislación positiva y la práctica judicial** (art. 53.3 de la Constitución)»)

En la argumentación de la sentencia, para negar virtualidad normativa respecto al caso actual al art. 43.3 EAC, se acude a lo dispuesto en e art. 39.3 del propio EAC; pero se prescinde de lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del propio precepto, que entiendo resultan determinantes para decidir el alcance normativo de los principios rectores.

(«1. Los poderes públicos de Cataluña deben orientar las políticas públicas de acuerdo con los principios rectores que establecen la Constitución y el presente Estatuto. En el ejercicio de sus competencias, los poderes públicos de Cataluña deben promover y adoptar las medidas necesarias para garantizar su plena eficacia.

2. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios rectores informan la legislación positiva, la practica judicial y la actuación de los poderes públicos»)

Al argumentar del modo en que se hace en la sentencia, se distorsiona la realidad de lo acontecido en el caso actual.

No se trata en este caso de exigir ante la jurisdicción la aplicación del principio rector, sino de analizar ante ésta la legalidad de la actuación que realizó la Generalidad, aplicando en su momento el principio rector, y la de la Junta **Electoral** Central al considerar contraria a derecho dicha actuación.

Según la doctrina referida del Tribunal Constitucional, los principios rectores no pueden considerarse «*como normas sin contenido*», sino que «*enuncian proposiciones vinculantes*»; y en este caso el alcance de tales



proposiciones vinculantes se concreta en los términos inequívocos de los apartados 1 y 2 del EAC. Sobre esa base no puede negarse que la Generalidad de Cataluña en el ejercicio de sus competencias adoptó las medidas de promoción de la participación **electoral** y siguió una política pública y una actuación administrativa de pura aplicación del deber impuesto por el principio rector. Y debe observarse que en ese plano la vinculación al principio rector no está condicionada, ni en el EAC, ni en el art. 53.3 CE, por la previa existencia de una ley de desarrollo. Por ello no cabe considerar que tal actuación pueda ser descalificada en razón de lo dispuesto en el apartado 3 del art. 39.1 EAC, sino que se ajustó estrictamente a lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del mismo artículo. Para enjuiciar la actuación de la Generalidad la norma clave no es la del artículo 39.3 EAC, sino la de sus apartados 1 y 2.

Y al enjuiciar dicha actuación en esta jurisdicción no nos movemos en el plano de la exigencia ante ella de la aplicabilidad del principio, sino en el del enjuiciamiento de las actuaciones de la Generalidad y en el del análisis de la resolución descalificatoria que respecto de ella ha dictado la Junta **Electoral** Central. En tal plano de análisis precisamente, tanto por lo dispuesto en el art. 39.2 EAC, como en el art. 53.3 CE, el principio rector debe serlo también de nuestra actuación judicial.

Cosa diferente es que el principio rector en cuestión no pudiera ser aplicable en este caso; pero no por su condición de tal, que es como la sentencia, erróneamente a mi juicio, lo considera, sino porque la norma estatutaria que lo estable había dejado de ser aplicable, al haber sido desplazada por lo dispuesto en el art. 50.1 en relación con la Disposición Adicional Primera 2 de la LOREG, según antes he razonado.

OCTAVO.- Y en segundo lugar, en ese tercer presupuesto conceptual que analizo se acude a lo dispuesto en la Transitoria que en él se indica, con una argumentación que me resulta de una sumariidad extrema.

De modo más implícito que explícito, se viene a decir que el aplicable al caso es el art. 50.1 LOREG y no el 43.3 EAC, por disponerlo así la Transitoria citada. Echo de menos en la argumentación un análisis preciso del alcance de la Transitoria, norma que, a mi juicio, resulta intrascendente para la solución del caso.

Aun sin decirlo expresamente, el argumento da por sentado que la remisión por dicha Transitoria a la aplicación del art. 50.1 y a la Disposición Adicional Primera de la LOREG conlleva la inaplicabilidad de lo dispuesto en el EAC "en lo que se refiere a las campañas institucionales en la Elecciones al Parlamento de Cataluña".

Tal concepción del sentido normativo de la referida Transitoria me resulta inasumible.

De la Transitoria Cuarta 5 del EAC de 1979 (*«en todo aquello que no esté previsto en la presente Disposición serán de aplicación las normas vigentes para las elecciones legislativas al Congreso De los Diputados de las Cortes Generales»*) no puede deducirse la inaplicabilidad del art. 43.3 EAC.

En los términos en que se formula el argumento del que me separo (Vid. F.D. 4º B.b de la Sentencia) parecería que se diera por sentada una alternativa dialéctica entre la aplicabilidad del art. 43.3 EAC y el art. 50.1 LOREG, que resolvería la Transitoria referida a favor de la aplicabilidad del 50.1 de la LOREG y no del 43.3 EAC.

Ciertamente el planteamiento que hago aquí no está explícito en el pasaje de la sentencia al que me refiero, en sí muy sucinto; pero no creo forzar su sentido si lo considero implícito, pues si no, dicho pasaje no sería explicable.

Sobre tal base discursiva considero que el hecho de que la Transitoria citada declare la aplicabilidad de *«las normas vigentes para las elecciones legislativas al Congreso de los Diputados de las Cortes Generales»* *«en todo lo que no esté previsto en la presente disposición»*, no puede suponer que lo dispuesto en el propio EAC no sea aplicable. Para que ello pudiera ser así; esto es, para excluir la aplicabilidad del art. 43.3, la redacción de la Transitoria Segunda del EAC de 2006 debiera haber sido otra, en la que se aludiera de modo expreso a tal exclusión transitoria. Y lejos de ello, la Transitoria Segunda citada, no solo no incluye tal precisión, sino que además contiene una matización, que en el pasaje de la sentencia sobre el que discurro se silencia: *«en lo que corresponda»* (*«las disposiciones Transitoria Tercera, Cuarta y Sexta de la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre de Estatuto de Autonomía de Cataluña, mantienen, en lo que corresponda, la vigencia como regulación transitoria»*). Dicho matiz creo que se opone a la concepción del alcance de la Transitoria para la solución del caso actual que late en el tan reiterado pasaje de la sentencia.

La idea, de nuevo implícita más que explícita, de que el art. 50.1 LOREG es aplicable, porque así resulta de lo dispuesto en la Transitoria de tan constante cita, no me resulta atinada: resulta aplicable, porque así lo dice expresamente la Disposición Adicional Primera de la LOREG, y no porque resulte de lo dispuesto en dicha Transitoria.

Véase, pues, como para la solución de la aplicabilidad o no al caso del art. 43.3 EAC, y para justificar la aplicación del art. 50.1 LOREG, resulta absolutamente inoperante la Transitoria citada.



Concluyo, reiterando mi disenso de la fundamentación de la sentencia por las razones que he expuesto, y mi conformidad con el fallo desestimatorio, insistiendo, no obstante, en la expresión de mi respeto de la tesis contraria.

En tal sentido dejo evacuado mi voto particular.

Fdo.: D. Vicente Conde Martín de Hijas

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ