



Roj: STSJ CV 6515/2014 - ECLI:ES:TSJCV:2014:6515
Id Cendoj: 46250330012014100760
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Valencia
Sección: 1
Nº de Recurso: 129/2014
Nº de Resolución: 759/2014
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: ROSARIO VIDAL MAS
Tipo de Resolución: Sentencia

Nº 129/14

RECURSO NÚMERO 129/14

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

S E N T E N C I A N U M . 7 5 9

En la ciudad de Valencia, a veintitres de julio de 2014.

Visto en virtud de orden expresa del Presidente de la Sala por la Sección Quinta de la **Sala de lo Contencioso-administrativo** del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Sres. Don MARIANO FERRANDO MARZAL, Presidente, JOSE BELLMONT MORA, doña ROSARIO VIDAL MÁS, don EDILBERTO NARBON LAINEZ, doña ESTRELLA BLANES RODRIGUEZ, Magistrados, el recurso contencioso-administrativo número 129/14, interpuesto por el Procurador DON JULI JUST I VILAPLANA, en nombre y representación de DON Ovidio , DON Santos Y el BLOC NACIONALISTA VALENCIÀ, asistidos por los Letrados D. JOAN MARIA TAMARIT I PALACIOS y don JAUME FERRA PELLICER contra el Decreto 2/11 del Monto Honorable President de la Generalitat de 28 de marzo y contra cualesquiera actos que sean dictados en ejecución de este Decreto, en el que ha sido parte la Administración de la GENERALIDAD VALENCIANA, representada por su Letrado, siendo Ponente el Magistrado Doña ROSARIO VIDAL MÁS y a la vista de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó al demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que suplica que se dicte sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución recurrida.

SEGUNDO.- El representante de la parte demandada, contesta a la demanda, mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se confirme la resolución recurrida.

TERCERO.- No habiéndose recibido el proceso a prueba, se emplazó a las partes para que evacuasen el trámite de conclusiones prevenido por el artículo 64 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción y, verificado, quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO.- Se señaló para votación y fallo el día 24.6.14, en que se suspendió al haberse observado un defecto de procedimiento, señalándose nuevamente -una vez subsanado- para el día 22-7-14.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTACION JURIDICA

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo contra el Decreto 2/11 del Monto Honorable President de la Generalitat de 28 de marzo y contra cualesquiera actos que sean dictados en ejecución de este Decreto, en reclamación de su nulidad o anulación parcial en cuanto al punto relativo a la aplicación a la citada norma del artículo 12.1.a de la Ley Electoral Valenciana 1/87 al no estar dicho artículo en

vigor a consecuencia de la modificación operada en el Estatuto de Autonomía por la Ley Orgánica 1/2006 y por contravenir la DA Primera de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Reclama igualmente la nulidad o anulación de los actos de ejecución del Decreto que hayan aplicado el artículo 12.a) citado declarando nula la exigencia del 5% de los votos emitidos para participar en el reparto de escaños. En tercer lugar, reclama la aplicación a las elecciones autonómicas convocadas de lo dispuesto en el art. 163.1.a) de la LOREG y la participación en la atribución de escaños de todos los que han superado el 3% de los votos emitidos entendiendo que la remisión que hace el artículo 36.2.b) de la Ley Electoral Valenciana al art. 12 del Estatuto, lo es al art. 163.1.a) de la LOREG. Y en cuarto lugar, solicita la aplicación de lo que dispone este último precepto en los términos solicitados en todas las elecciones autonómicas que se celebren posteriormente mientras no sea aprobada la Ley Electoral prevista en el artículo 24 del Estatuto de Autonomía.

SEGUNDO.- Debemos destacar inicialmente que esta misma cuestión se planteó ya en relación al Decreto 4/2007 en las anteriores elecciones autonómicas, dando lugar a la sentencia de esta Sala 492/2007 de veinticinco de mayo, en la que se vino a establecer:

" TERCERO.- La cuestión planteada en el punto anterior puede enfocarse desde una doble perspectiva:

Formal.

Efectivamente, desde este prisma debemos concluir con la Generalidad Valenciana que la simple lectura del Decreto nos muestra que se ciñe al artículo 59 de la Ley de la Generalitat 5/1983, de 30 de diciembre, del Consell, en la redacción dada al mismo por la Ley de la Generalitat 12/2007, de 20 de marzo, dispone que «en el decreto de convocatoria se especificará el número de diputados a elegir en cada circunscripción, de forma que el número total de diputados a elegir sea 99 o el superior que, en su caso, establezca la Ley Electoral Valenciana, duración de la campaña electoral, día de la votación, así como el lugar, día y hora de constitución de Les Corts» y al no recoger el límite del 5% como ha hecho en convocatorias anteriores procedería desestimar el recurso.

Material.

Desde un prisma material que es el adoptado por los demandantes D. Ovidio (Distrito Electoral de Castello), Santos (Distrito Electoral de Valencia) y Bloc Nacionalista Valencia- Bloc, el Decreto de Convocatoria lo hace a un bloque normativo que estaría básicamente integrado por la Ley 1/1987, de 31 de marzo, Electoral Valenciana. Siendo este el caballo de batalla de las partes, en concreto, la aplicación del art. 12.a) que establece "...No se tienen en cuenta aquellas candidaturas que no hubieran obtenido al menos el 5% de los votos emitidos en la Comunidad Valenciana..".

Es decir, con el Decreto de convocatoria el Presidente de la Generalidad Valenciana pone en marcha un bloque normativo que determina el conjunto de actuaciones hasta la constitución de las nuevas Cortes Valencianas y, precisamente, lo que trata de evitar la parte demandante con este recurso es que se ponga en marcha la maquinaria electoral en base en un precepto que entiende derogado, concretamente el art. 12 a) de la Ley 1/1987.

Existen dos elementos que nos hacen acoger la tesis de la parte actora desde el punto de vista de analizar el fondo del proceso:

1.- La propia contestación a la demanda de la Generalidad Valenciana que ratifica en el acto de la vista ante este Tribunal.

Efectivamente, tras esgrimir como primer argumento de la contestación a la demanda la desviación procesal, en los puntos "segundo y tercero" de la contestación muestra sus cartas de forma clara y manifiesta "la ley electoral valenciana no ha sido derogada expresamente ni tácitamente por la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana aprobada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril".

2.- La propia doctrina de la Sala reflejada entre otras en la sentencia 654/1999 (rec. 1489/1999), contra el Acuerdo de la Junta Electoral de proclamación de candidatos electos, interpuesto por la Coalición Bloc Nacionalista Valencià-Els Vers, donde se afirmaba que lo procedente era haber recurrido el acto de convocatoria de las elecciones y no su resultado aunque salvó el obstáculo procesal en virtud del principio pro actione. Todo ello siendo consciente de que en otras convocatorias el límite del 5% venía en el propio Decreto de convocatoria, no obstante, la única diferencia y así lo reconoce la Generalidad Valenciana en la contestación es que tradicionalmente el Decreto lo recogía de forma expresa y ahora lo hace de forma tácita.

Hay un argumento que resulta decisivo a juicio de la Sala y es el art. 20 d) de la Ley 1/1987, cuando establece como primer cometido de la Junta Electoral de la Comunidad Valenciana "...Determinar

y declarar en las elecciones a Cortes Valencianas qué candidaturas han obtenido un número de votos superior al 5% de los emitidos en la Comunidad Valenciana, como requisito previo imprescindible para la proclamación de candidatos electos por las respectivas Juntas Electorales Provinciales, las cuales a estos efectos deberán comunicar a la Junta Electoral de la Comunidad Valenciana el resultado del escrutinio inmediatamente después de haberlo realizado...", es decir, la primera función que tienen las Juntas Electorales una vez conocidos los resultados electorales es aplicar de forma automática el 5% de votos en el conjunto de la Comunidad Valenciana, por tanto, convocadas elecciones con arreglo a ese sistema electoral se convierte en esencial examinar la vigencia del art. 12 cuestionado.

CUARTO.- Se debe señalar antes de entrar en el fondo del proceso que el objeto del mismo no es puramente discutir la barrera del 5% establecida en el art. 12.a) la Ley 1/1987, de 31 de marzo, Electoral Valenciana, en cuanto a posible discriminación de la formación política demandante, ese aspecto ya fue resuelto por esta Sala, entre otras y respecto al Bloc Nacionalista Valencià en la sentencia nº 732/2005 de 5.10.2005 (rec. 33/2005) donde se concluyó:

"..En cuanto al fondo del asunto, la constitucionalidad de las barreras electorales ha sido sancionada positivamente por el propio tribunal constitucional en numerosas sentencias, tales como S.T.C. Sala 1ª, de 21 de junio de 1985, núm. 75/85; S.T.C. Sala 2ª, de 20 de abril de 1989, núm. 72/89; S.T.C. Sala 1ª, de 16 de noviembre de 1989, núm. 193/89; S.T.C. Sala 2ª, de 26 de julio de 1993, núm. 265/93.

En fin la sentencia del Pleno del T.C. de 25 de noviembre de 1998, núm. 225798, en su Fundamento de Derecho 4º, pone de manifiesto que:

QUINTO.- Para dar respuesta a esta cuestión es necesario en primer lugar, recordar nuestra jurisprudencia sobre las denominadas "barreras electorales", que fueron objeto de examen en las SSTC 75/1985, 76/1989, 193/1989 y 45/1992. La idea matriz, que subyace en todos estos pronunciamientos, se expresa, con suma claridad, en el fundamento jurídico 5º de la STC 75/1985, en relación con el límite del 3 por 100 de los votos válidos emitidos en el distrito, establecido por el art. 20.2 b) del Real Decreto ley 20/1977. La finalidad de esas barreras electorales es la de "procurar (...) que la proporcionalidad electoral sea compatible con el resultado de que la representación de los electores en tales Cámaras no sea en exceso fragmentaria, quedando encomendada, a formaciones políticas de cierta relevancia. (...) La validez constitucional de esta finalidad es lo que justifica, en último término, el límite (...) impuesto por el legislador, y esa validez se aprecia si tenemos en cuenta que el proceso electoral en su conjunto, no es sólo un canal para ejercer derechos individuales (personales o de grupo) reconocidos por el art. 23 C.E., sino que es también, a través de esta manifestación de derechos subjetivos, un medio para dotar de capacidad de expresión a las instituciones del Estado democrático y proporcionar centros de decisión política eficaces y aptos para imprimir una orientación general de la acción de aquél. (...) La experiencia de algunos períodos de nuestra historia contemporánea y la de algunos otros regímenes, parlamentarios enseñan, sin embargo, el riesgo. que, en relación a tales objetivos institucionales, supone la atomización de la representación política, por lo que no es, por lo tanto, ilegítimo que el ordenamiento electoral intente conjugar el valor supremo que, según el art. 1.1 C.E., representa el pluralismo y su expresión, en este caso, en el criterio de la proporcionalidad con la pretensión de efectividad en la organización y actuación de los poderes públicos".

Por su parte, en el caso de la STC 193/1989, en el que el porcentaje de la cláusula limitativa se había, fijado por el art. 15 a) de la Ley 2/1987, de elecciones a la Asamblea regional de Murcia, en el 5 por 100, se estimó que ese "tope" más elevado tampoco era contrario a los derechos que reconoce el art. 23 C.E., pues, por un lado, porcentajes similares no son infrecuentes en el Derecho comparado y, de hecho, es coincidente con el establecido en otras Comunidades Autónomas (así, el art. 12.2 del Estatuto de la Comunidad Valenciana; art. 11.4 del Estatuto de la Comunidad de Madrid; y Disposición transitoria primera, apartado 1, letra c) de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra) y, de otro lado, porque no puede considerarse "como un requisito exorbitante o desproporcionado con el fin que persigue", añadiéndose que, si bien esa cláusula "introduce, ciertamente, una diferencia de trato a la hora de acceder a la atribución de los escaños, dicha desigualdad no puede estimarse constitutiva de una discriminación, ya que no se encuentra desprovista de una justificación objetiva y razonable" (fundamento jurídico 4º).

Con esta sentencia y similares se contesta el argumento de los demandantes sobre la desigualdad y discriminación que entienden se produce a su formación política.

La Sala no cuestiona los datos que aportan los demandantes traídos de anteriores elecciones autonómicas, pero el sistema no vulnera el voto igual, directo y libre, ya que las condiciones teóricas de todas las candidaturas son iguales.

De todas formas, no existe ningún sistema en el mundo que repartiendo escaños con absoluta proporcionalidad haya logrado la estabilidad de las instituciones, pone el ejemplo de Castellón donde Izquierda Unida en anteriores elecciones obtuvo un escaño con menos votos que la formación política que representan. Valdría la pena detenerse en el caso de Izquierda Unida, nos bastará con sumar los votos obtenidos en las Elecciones Generales de 2004 o cualesquiera otras "en toda España" y dividirlos por el número de escaños en las Cortes Generales, cada diputado le cuesta el doble, triple o cuádruplo de votos que a cualquier partido nacionalista, sencillamente porque la Ley Electoral General prima a las mayorías "de cada circunscripción", con lo cual, el resto de votos los pierde, pero esa cuestión ya ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional y la Sala nada nuevo tiene que decir al respecto.

QUINTO.- En nuestro caso el planteamiento de la demanda es sobre "vigencia y derogación de normas", afirma que el art. 12.a) de la Ley 1/1987, de 31 de marzo, Electoral Valenciana, ha sido derogado tácitamente.

El art. 12.dos. de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, establecía:

"...Para poder obtener escaño y ser proclamados electos, los candidatos de cualquier circunscripción deberán haber sido presentados por partidos o coaliciones que obtengan un número de votos superior al cinco por ciento de los emitidos en la Comunidad Autónoma Valenciana..."

Dicho precepto a su juicio fue trasladado al art. 12. a) de la Ley 1/1987, de 31 de marzo, Electoral Valenciana :

"..No se tienen en cuenta aquellas candidaturas que no hubieran obtenido al menos el 5% de los votos emitidos en la Comunidad Valenciana..".

Como quiera que la reforma del Estatuto de Autonomía por la Ley Orgánica 1/2006 no ha recogido un precepto similar al art. 12.dos de la Ley 5/1982 debe entenderse como tácitamente derogado, ya que según el criterio de los demandantes el art. 12 a) de la Ley Electoral Valenciana 1/1987 es una mera reiteración, desaparecido el precepto original debe entenderse derogada la copia.

SEXTO.- Por su parte, la legal representación de la Generalidad Valenciana parte de la premisa contraria, es decir, el art. 12 a) de la Ley Electoral Valenciana 1/1987 no ha sido derogado ni expresa ni tácitamente.

Derogación expresa.

El artículo 2.2 del Código Civil establece que "las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la Ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior".

la Ley Orgánica 1/2006, por la que se reforma el Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana, no contiene ninguna disposición que derogue la Ley Electoral Valenciana, ni total ni parcialmente. Por tanto, no cabe hablar de derogación expresa, la Sala no va a insistir en este punto por dos motivos, uno, efectivamente no existe ninguna norma en el Estatuto de Autonomía Reformado que expresamente derogue el precepto estudiado, dos, la propia parte demandante no insiste por esta vía y entiende que la derogación no es expresa sino tácita.

Derogación tácita.

A juicio de la Sala no ha existido derogación tácita ya que la norma antigua y la nueva no son incompatibles, pues como dice la sentencia traída a colación por la Generalidad Valenciana (STS 881/1996, de 31 de octubre), "amparada la posibilidad de la derogación tácita en la expresión del artículo 2.2 del Código Civil de que la derogación «se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior», su estimación exige la concurrencia de los requisitos de igualdad de materia en ambas leyes, identidad de destinatarios y de contradicción e incompatibilidad entre los fines de ambas normas".

Es obvio que se cumplen los dos primero requisitos, esto es, la igualdad de materia y la identidad de destinatarios.

Por el contrario, no se cumple el tercero de estos requisitos, la incompatibilidad y contradicción entre los fines de ambas normas, es decir, el artículo 23.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana (según su nueva redacción) y el artículo 12.a) de la Ley Electoral Valenciana .

El art. 23.1 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, no ha tenido la pretensión como afirman los demandantes de dejar sin efecto la barrera del 5% sino como demuestra el propio debate parlamentario la pretensión ha sido doble:

a) Que sea el legislador valenciano quien, siguiendo los parámetros de la Ley que regula el Régimen Electoral General, configure el sistema electoral valenciano. Se debe tener presente que aunque el Estatuto de Autonomía Valenciano es el marco básico de la convivencia en la Comunidad Valenciana, no deja de ser una Ley Orgánica Estatal, de tal forma que, las limitaciones que se hubiesen establecido en el Estatuto no serían modificables por el legislador valenciano sino que tendría que recurrir al complejo sistema de modificación estatutaria con aprobación definitiva en las Cortes Generales de España. En su lugar, se ha puesto como única cortapisa que al menos haya 99 diputados en las Cortes Valencianas garantizando a la vez veinte diputados por circunscripción electoral siguiendo el criterio de proporcionalidad y el resto sea el legislador valenciano el que configure el sistema.

b) Dada la trascendencia de optar por un sistema electoral u otro, el Estatuto Valenciano se ha asegurado de que no sea un simple sistema de mayorías parlamentarias el que determine en cada momento el sistema electoral, por ello, el art. 24.1 del Estatuto modificado establece "...La Ley Electoral Valenciana, prevista en el apartado 1 del artículo anterior, será aprobada en votación de conjunto por las dos terceras partes de Les Corts", con lo cual, salvo mayorías excepcionales que se no han dado al menos deben estar conformes con el nuevo sistema electoral los dos grandes grupos parlamentarios de las Cortes Valencianas.

SEPTIMO.- El último de los argumentos estaría relacionado con la supuesta vulneración del art. 81 de la Constitución que exige el carácter de Ley Orgánica a las Leyes que aprueben el Estatuto de Autonomía y Régimen Electoral General.

A este respecto debe afirmarse que obviamente la Ley que regula el Régimen Electoral General tiene carácter de Orgánica (Ley Orgánica nº 5/1985, de Régimen Electoral General), las leyes de las Comunidades Autónomas deben respetar los principios de la Ley Electoral General pero obviamente no pueden tener carácter de orgánicas.

Da mucha importancia la parte actora al hecho de que fuese Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana la que estableciese la barrera del 5%, de tal modo que, considera la Ley Electoral Valenciana como una mera transcripción o copia que, derogada la primera cae la segunda. Pues bien, el planteamiento tiene conexión con el que en su día hizo el Defensor del Pueblo en su recurso frente al Estatuto Canario (sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 25-11-1998, nº 225/1998) y que fue contestada en el fundamento de derecho segundo, donde hace una primera reflexión y es que la materia electoral no es propia de los Estatutos de Autonomía conforme al art. 142.2 de la Constitución, no obstante, de introducirse para su modificación debe hacerse vía art. 147.3 de la Constitución (vía reforma del Estatuto):

"...Las disposiciones del Estatuto de Autonomía tienen un ámbito, delimitado por la reserva material del Estatuto, respecto al cual no cabe ni la reforma por procedimiento distinto al previsto en el art. 147.3 C.E. y en el propio Estatuto, ni la remisión a normas de rango infraestatutario.

Sin embargo, las normas estatutarias que regulen materias que queden fuera de ese ámbito, pese a que tampoco pueden ser reformadas por procedimientos distintos a los anteriormente indicados, sí pueden atribuir, en todo o en parte, la determinación definitiva de su contenido al legislador autonómico.

Y esto es lo que sucede en el presente caso. Por más que el legislador estatutario establezca una regulación provisional, lo que hace es deferir al legislador- autonómico el contenido definitivo de la regulación, lo que no comporta abrir el Estatuto a. un inconstitucional proceso de reforma, sino efectuar una atribución constitucionalmente posible..."

Por ello el legislador valenciano ha optado, como se ha expuesto, por quedar en libertad respetando los principios de la Ley Orgánica Electoral General y no cerrarse el camino a la hora de elaborar una nueva Ley Electoral Valenciana.

Por último, otra de las limitaciones constitucionales tanto a la Ley Electoral General presente como a la futura Ley Electoral viene de la mano del art. 152.1 de la Constitución cuando afirma: "...la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea Legislativa, elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio..."

Ninguna vulneración se ha producido ni al art. 82 de la Constitución ni al Art. 152.1 con el Decreto de convocatoria en cuanto se remite tácitamente al bloque normativo existente en la actualidad, singularmente el art. 12 a) y 20 d) de la Ley Electoral Valenciana 1/1987 ."

Estos mismos criterios determinarían, por sí solos, idéntico pronunciamiento de la Sala, en aras al principio de unidad de doctrina pero además, la misma fue objeto de recurso de casación, dando lugar a la STS de 26 de octubre de 2011 desestimatoria del mismo, todo lo cual nos lleva a desestimar el presente recurso.

TERCERO.- El artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , vigente al tiempo del presente procedimiento, establece respecto a las costas procesales, el criterio de la temeridad o mala fe en la interposición del recurso o mantenimiento de la acción, criterio que es de apreciar en autos, por las razones anteriormente expuestas por lo que procede la imposición de las ocasionadas en el presente expediente.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y de general aplicación

FALLAMOS

1) La desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador DON JULI JUST I VILAPLANA, en nombre y representación de DON Ovidio , DON Santos Y el BLOC NACIONALISTA VALENCIÀ, asistidos por los Letrados D. JOAN MARIA TAMARIT I PALACIOS y don JAUME FERRA PELLICER contra el Decreto 2/11 del Monto Honorable President de la Generalitat de 28 de marzo y contra cualesquiera actos que sean dictados en ejecución de este Decreto

2) La imposición de las costas causadas en el presente expediente a los demandantes.

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvase el expediente administrativo al centro de su procedencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de diez días desde la notificación desde su notificación.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Itma. Sra. Magistrada Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretaria de la misma, certifico.