

SENTÈNCIA 15-2019

PARTS :

RTVA, SA

Representant: Sr. X.M.C.

Advocat: J.M.R.L.

Sr. J.E.N.C.

Sra. F.M.M.

Advocat : E.C.A.

MINISTERI FISCAL

COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL

President: Sr. Albert ANDRÉS PEREIRA

Magistrats: Sr. Bernard PLAGNET

Sra. Elsa PUIG MUÑOZ

Andorra la Vella, el 11 de març del 2019

El Tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa ha vist el recurs a les actuacions número **000023/2019**.

En la tramitació d'aquestes actuacions han estat observades les prescripcions legals, i ha estat ponent la magistrada Sra. **Elsa PUIG MUÑOZ**, la qual expressa el parer del Tribunal.

ANTECEDENTS DE FET

1.- El dia 8 de març del 2019, els Srs. J.E.N.C. i F.M.M. van presentar davant la Junta Electoral un escrit en el qual manifestaven que en el programa La Rèplica, emès per la Televisió d'Andorra, s'ha entrevistat als Srs. J.P., J.G., J.R., P.L. i X.E., tots ells candidats a les properes eleccions al país, i que el Sr. J.E.N.C. es va adreçar reiteradament a Radiotelevisió d'Andorra SA –en endavant RTVA, SA– per tal de participar en el mateix programa televisiu, però que, tanmateix, no ha obtingut resposta favorable.

Segons manifesten, la RTVA, SA manté que s'ha convidat als candidats que tenen representació parlamentària, criteri que, al seu judici, és discriminatori envers les noves formacions.

2.- Després dels tràmits corresponents, la Junta Electoral, mitjançant Resolució 1/2019 dictada el passat 7 de març, va acordar estimar la queixa efectuada i decideix que, a partir de la data de convocatòria de les eleccions i fins a l'inici de la campanya electoral, s'ha d'oferir a Srs. J.E.N.C. i F.M.M. la possibilitat de participar en un espai de característiques similars al programa La Rèplica en el mitjà televisiu.

3.- En el termini de 24 hores que preveu l'article 28.6, en relació amb el 24.3, ambdós de la Llei Qualificada 28/2007, electoral i del referèndum (Text refós aprovat pel Decret legislatiu de 26/11/2014, en endavant LQER), el representant legal de RTVA, SA va interposar davant d'aquesta Sala recurs contra la resolució de la Junta Electoral esmentada.

En resum, en el recurs s'al·lega que en tot moment s'han respectat les disposicions de l'article 31 de la LQER, i argumenta que la queixa presentada i la Resolució de la Junta Electoral, se centren en l'anàlisi d'un únic programa –La Rèplica–, sense tenir en compte les

compareixences que hagin pogut fer els Srs. J.E.N.C. i F.M.M. en altres espais informatius.

Afegeix que, segons el parer de la Junta Electoral, s'ha de mantenir la igualtat entre tots els candidats, quan de l'article 31 de la Llei Electoral no se'n desprèn aquest criteri, ni tampoc de la doctrina del Tribunal Europeu o el Consell d'Estat francès, que mantenen que el pluralisme dins els mitjans de comunicació consisteix en donar la paraula a tots els candidats però mantenint la proporció en funció del seu pes polític.

El representant de RTV d'Andorra afirma que el programa La Rèplica s'emet un dia per setmana, mentre que en programa Ara i Aquí –en el qual ha intervingut el Sr. J.E.N.C.- s'emet diàriament en el canal de ràdio, com a la televisió i també a internet, per la qual cosa té molts més oients que el programa La Rèplica.

També al·lega que els Srs. P., G., R., L. i E. van ser convidats com a representats dels grups polítics amb representació parlamentària, per tal de fer balanç de la darrera legislatura, i no com a candidats a les eleccions, compte tingut, a més, que en el cas dels Srs. P. i G. van participar en el programa La Rèplica quan encara no s'havien convocat les eleccions. A més, cap dels candidats ha pogut presentar el seu programa electoral durant el programa La Rèplica o qualsevol altre difós per RTVA, SA ja que aquests programes encara no eren públics.

A l'últim, al·lega que el compliment de la Resolució de la Junta Electoral comportarà trencar el equilibri que persegueix la Llei Electoral, ja que, d'aquí a les eleccions, el programa La Rèplica només s'emetrà una única vegada compte tingut que durant la celebració de la Copa del Món d'Esquí el programa no s'emetrà.

4.- En aplicació de l'article 28.6 de la LQER, es va donar trasllat del recurs al Ministeri Fiscal i als Srs. J.E.N.C. i F.M.M., per tal de què poguessin contestar-lo en el termini de 24 hores.

Al seu escrit d'al·legacions, el Ministeri Fiscal formula, com a consideració prèvia, que la Batlle Sra. I.R.D., membre i Vicepresidenta de la Junta Electoral que va adoptar la Resolució objecte de recurs, s'havia d'haver abstingut, compte tingut que és germana de la Sra. J.R.D., que pren part en la contesa electoral com a membre integrant

de la llista de la candidatura D'ACORD per la circumscripció parroquial de Sant Julià de Lòria.

D'altra banda, el Ministeri Fiscal manté que la LQER pot acollir diverses interpretacions, una d'elles la que manté la Junta Electoral a la Resolució recorreguda, i aquesta interpretació pot convertir el principi d'igualtat objectiva i real en un principi d'equiparació perfecta entre totes les candidatures, que obligaria als mitjans de comunicació a dur a terme una sèrie d'accions que podrien esdevenir d'impossible o difícil execució.

Els Srs. J.E.N.C. i F.M.M., es van remetre a les al·legacions ja efectuades davant la Junta Electoral.

FONAMENTS DE DRET

Primer.- Competència.

El Tribunal Superior, Sala Administrativa, és competent per conèixer del recurs, en aplicació de l'article 39.3 de la Llei qualificada de la Justícia i 24.3 de la LQER.

Segon.- Amb caràcter previ s'ha de fer referència a la circumstància, posada de manifest pel Ministeri Fiscal, de la relació familiar entre un membre de la Junta Electoral i una persona que forma part d'una candidatura (són germanes).

De conformitat amb l'article 2 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Electoral, les causes d'abstenció i recusació pels seus membres seran les previstes a l'article 73 de la Llei qualificada de la justícia, i d'acord amb aquest precepte, és causa d'abstenció tenir una relació de parentiu per consanguinitat fins el quart grau amb qualsevol de les parts, els seus advocats o el representat del Ministeri Fiscal.

En el cas que ens ocupa, la queixa la van presentar dues persones que no tenen relació de parentiu amb cap membre de la Junta Electoral. Ara bé, el fet que un dels seus membres sigui germana de qui pren part en la contesa electoral com a membre integrant d'una llista, justifica la seva abstenció. No s'oblidi que totes les candidatures competeixen entre sí de manera que la intervenció dels membres d'una

candidatura en un procediment davant la Junta pot tenir repercussió en la resta. Per això, hauria resultat encertada l'abstenció de la Batlle, com apunta el Ministeri Fiscal.

Ara bé, el fet que no s'abstingués no ha de tenir com a efecte que qualsevol Resolució de la Junta sigui nul·la per aquesta raó.

Cal recordar que l'article 115 del Codi de l'Administració disposa que l'actuació dels funcionaris en els quals concorrin motius d'abstenció, no implicarà necessàriament la invalidesa dels actes en què hagin intervingut.

I l'article 36 del propi Codi estableix en el cas que les formalitats prescrites al mateix article hagin estat omeses o s'hagin portat a terme de forma irregular, l'acte serà anul·lat quan hom pugui pensar raonablement que la decisió hauria pogut ésser diferent si l'Administració hagués respectat aquelles formalitats, i l'article 49 afegeix que el vici de forma només comportarà l'anul·lació si les formalitats omeses eren indispensables perquè l'acte assolís el seu fi o si els interessats s'han vist privats de mitjans de defensa establerts en llur interès.

A l'últim, l'article 37.5 del mateix text legal disposa que en el òrgans col·legiats els acords seran presos per majoria de votants, i que en cas de divisió de vots a parts iguals, el president gaudeix de vot diriment, condició que no té la Sra. I.R.D.. La Junta Electoral està formada per sis persones, i l'article 6 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Electoral disposa que les decisions de la Junta s'adoptaran de manera col·legiada per majoria de vots. La interpretació conjunta d'aquests preceptes obliga a concloure que el vot d'un únic membre de la Junta no ha incidit en la decisió final adoptada.

Tercer.- La resolució del present recurs ha de partir del contingut de l'article 25 de la Constitució del Principat d'Andorra, que afirma que *“tots els andorrans tenen dret a accedir en condicions d'igualtat a les funcions i als càrrecs públics, amb els requisits que determinin les lleis”*.

Aquest dret constitucional, que suposa un dels eixos vertebradors de l'Estat de dret, democràtic i social que proclama l'article 1r. del text constitucional, comprèn sens dubte el dret de sufragi passiu, és a dir, el dret a concórrer com a candidat en els processos electorals, en les condicions previstes en les lleis. Aquests requisits venen recollits en aquest cas en la LQER.

D'altra banda, l'article 31 de l'esmentada Llei disposa:

"Article 31

Propaganda electoral als mitjans de comunicació

1. En els mitjans de comunicació públics, les diverses candidatures disposaran d'un espai gratuït de la mateixa durada per exposar els seus programes i demanar el vot. En qualsevol cas, el temps atorgat en les eleccions generals a les candidatures parroquials no serà superior a un terç del temps atorgat a les candidatures nacionals. En les eleccions comunals, cada candidatura disposarà d'un temps d'igual durada.

2. Els directors dels mitjans de comunicació públics fixaran la durada dels espais de ràdio i televisió públiques que corresponen a les diverses candidatures. També podran oferir l'emissió de debats o entrevistes amb les diverses candidatures. En tot cas, les decisions que adoptin els directors dels mitjans de comunicació públics en les matèries a què es refereix el present apartat hauran de ser íntegrament comunicades als representants de les candidatures.

3. La Junta Electoral podrà dictar, si ho creu necessari, les disposicions de caràcter general precises perquè els espais gratuïts i el desenvolupament de debats o entrevistes electorals en els mitjans de comunicació de titularitat pública, així com la publicació en ells d'enquestes electorals pagades amb fons públics, respectin el pluralisme electoral i la neutralitat informativa.

4. Des de la convocatòria electoral fins la finalització de les votacions, la Junta Electoral resoldrà els recursos o queixes que qualsevol candidat o candidatura puguin interposar contra les decisions i actuacions dels mitjans de comunicació de titularitat pública que puguin tenir incidència en el procés electoral, basats en la violació de les normes del present article, del respecte al pluralisme polític i social o de la neutralitat informativa dels mitjans. El recurs haurà d'interposar-se dins de les quaranta-vuit hores següents a la notificació de la decisió o al coneixement de l'actuació i serà resolt dins dels dos dies següents, previ informe del mitjà afectat, si el realitzés.

En casos d'urgència, la Junta adoptarà provisionalment les mesures que siguin necessàries.

(...)"

El BOPA del dia 19-02-2019 va publicar el Decret del 18-02-2019 pel qual es comunica la dissolució anticipada del Consell General i es fixa la data de celebració de les eleccions generals pel dia 7-04-2019. És a dir, des del dia 19 de febrer d'enguany cobra plena virtualitat l'article 31.4 abans transcrit.

Per això, les aparicions del Sr. J.P. en el programa del dia 29 de novembre de 2018; del Sr. J.G. el dia 10 de gener de 2019, i del Sr. J.R. el dia 24 de gener de 2019, no poden servir per valorar si la

actuació de la RTVA, SA ha vulnerat els principis que regeixen els processos electorals.

D'altra banda, cal destacar que la Junta Electoral entén que *“De l'esmentat article –es refereix al 31 de la LQER- en devalla que els mitjans de comunicació de titularitat pública tenen l'obligació de respecte al pluralisme polític i social, a la igualtat i a la neutralitat informativa en la seva programació”*, i manté el criteri que RTVA, SA ha de garantir els principis de pluralisme electoral i neutralitat informativa de forma independent en cadascun dels mitjans públics existents, a saber, de televisió i de ràdio, entre d'altres, a partir de la data de la convocatòria electoral i fins a l'inici de la campanya.

I com sigui que, a través del programa televisiu LA RÈPLICA, únicament ha entrevistat a dos dels candidats a les eleccions generals del Principat, concretament als Srs. P.L.A. i X.E.Z., la Junta Electoral considera que cal estimar la queixa del Sr. J.E.N.C. i la Sra. F.M.M., i que RTVA, SA els hi ha d'oferir la possibilitat de participar en un programa de característiques similars que La Rèplica.

En definitiva, la Junta Electoral manté que, com sigui que els Srs. J.E.N.C. i F.M.M. no han participat en el programa La Rèplica, com si han fet dos dels altres candidats a les eleccions, RTVA, SA no ha garantit els principis de pluralisme electoral i neutralitat informativa.

Tanmateix, cal tenir en compte que l'apartat 1 de article 31 de la LQERER disposa que, en els mitjans de comunicació públics, les diverses candidatures disposaran d'un espai gratuït de la mateixa durada per exposar els seus programes i demanar el vot. És a dir, es parla d'igual durada –principi d'igualtat- quan es tracta d'espais gratuïts per fer propaganda electoral.

Ara bé, l'apartat 4 del mateix article es refereix a les *“decisiones i actuacions dels mitjans de comunicació de titularitat pública que puguin tenir incidència en el procés electoral”* -concepte molt més ampli que el d'espais gratuïts per exposar els programes i demanar el vot-, però sense que en aquest apartat s'esmenti el principi d'igualtat, sinó únicament respecte al pluralisme polític i social o de la neutralitat informativa dels mitjans. Per això, no es pot exigir que la RTVA, SA dispensi un tractament igual a totes les candidatures en tots els mitjans –TV, ràdio i altres- o fins i tot en tots els programes o d'altres similars.

En altres paraules, és respectuós amb la LQER que els mitjans de comunicació, a l'hora de distribuir el temps de la informació dedicada

als actes de campanya o altres amb rellevància electoral de cada formació política, ho facin de forma proporcional a la rellevància del partit pel qual es presenten a les eleccions, proporció que podrà seguir com a paràmetre el dels resultats obtinguts en les anteriors eleccions en ser un criteri objectiu.

De fet, el Tribunal Europeu de Drets Humans (en endavant TEDH) manté que no hi ha discriminació pel fet de donar un tractament diferent a les formacions polítiques en funció dels resultats obtinguts en les anteriors eleccions. Així, la Sentència del cas *Özgürlüz Ve Dayanisma Partisi (ÖDP) contra Turquia*, de 10 maig del 2012, la Secció Segona del TEDH primerament descriu les posicions de les parts:.

“24. Le requérant soutient que le refus de financement public dont il se plaint a créé une inégalité entre les différents partis politiques candidats aux élections législatives en augmentant les chances de succès de ceux qui étaient déjà représentés au Parlement ou qui avaient obtenu plus de 7 % des suffrages lors des élections précédentes. Ces partis auraient bénéficié d'une source de financement importante qui leur aurait conféré un avantage indu (et contraire, notamment, aux dispositions constitutionnelles et conventionnelles prohibant la discrimination) par rapport aux nouveaux partis candidats aux élections, notamment quant à la diffusion de leurs opinions – l'aide renforçant leur capacité à accéder aux médias de masse et quant à l'organisation de diverses réunions et activités socioculturelles à l'échelle nationale.

25. Le Gouvernement conteste la thèse de l'intéressé. Il fait observer que la distinction opérée entre les partis politiques en matière de financement public est basée sur les résultats des élections précédentes (en termes de suffrages exprimés ou de sièges obtenus au Parlement à l'issue de ces élections). Autrement dit, elle s'appuierait sur des motifs légitimes et objectifs. Un refus de financement public fondé sur les opinions politiques défendues par un parti aurait pu être considéré comme discriminatoire, mais tel ne serait pas le cas en l'espèce. Par ailleurs, les Etats disposeraient d'une large marge d'appréciation pour imposer aux partis politiques des conditions minimales d'éligibilité à l'aide de l'Etat, sous réserve que le droit de participation à la vie politique de ces partis ne soit pas entravé.”

I seguidament recorda la seva doctrina sobre el principi d'igualtat:

*“26. La Cour rappelle que la discrimination consiste à traiter de manière différente sans justification objective et raisonnable des personnes placées dans des situations comparables. Un traitement différencié est dépourvu de «justification objective et raisonnable» lorsqu'il ne poursuit pas un «but légitime» ou qu'il n'existe pas un «rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé» (voir, parmi beaucoup d'autres, *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine [GC]*, nos 27996/06 et 34836/06, § 42, CEDH 2009). L'étendue de la marge d'appréciation dont les*

Parties contractantes jouissent à cet égard varie selon les circonstances, les domaines et le contexte (Andrejeva c. Lettonie [GC], no 55707/00, § 82, CEDH 2009).

27. Par ailleurs, la Cour rappelle que l'article 3 du Protocole no 1 consacre un principe fondamental dans un régime politique véritablement démocratique et revêt donc dans le système de la Convention une importance capitale (Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique, 2 mars 1987, § 47, série A no 113). Le rôle de l'Etat, en tant qu'ultime garant du pluralisme, implique l'adoption de mesures positives pour «organiser» des élections démocratiques dans des «conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif » (ibidem, § 54).

(...)

29. Comme la Commission européenne des droits de l'homme l'a précisé à plusieurs reprises, les mots «libre expression de l'opinion du peuple» signifient que les élections ne sauraient comporter une quelconque pression sur le choix d'un ou de plusieurs candidats et que, dans ce choix, l'électeur ne doit pas être indûment incité à voter pour un parti ou pour un autre (X. c. Royaume-Uni, no 7140/75, décision de la Commission du 6 octobre 1976, Décisions et rapports (DR) 7, pp. 97, 99). Le mot «choix» implique qu'il faut assurer aux différents partis politiques des possibilités raisonnables de présenter leurs candidats aux élections (ibidem ; voir aussi X. c. Islande, no 8941/80, décision de la Commission du 8 décembre 1981, DR 27, pp. 152, 156, et Yumak et Sadak, précité).

30. Cela étant, les droits garantis par l'article 3 du Protocole no 1 ne sont pas absolus. Il y a place pour des « limitations implicites » et les Etats contractants doivent se voir accorder une large marge d'appréciation en la matière (voir, parmi d'autres, Matthews c. Royaume-Uni [GC], no 24833/94, § 63, CEDH 1999-I, et Labita c. Italie [GC], no 26772/95, § 201, CEDH 2000-IV). Quant au droit de se présenter aux élections, c'est-à-dire l'aspect «passif» des droits garantis par l'article 3 du Protocole no 1, la Cour se montre encore plus prudente dans son appréciation des restrictions dans ce contexte que lorsqu'elle est appelée à examiner des restrictions au droit de vote, c'est-à-dire l'élément «actif» des droits garantis par l'article 3 du Protocole no 1."

I finalment el TEDH conclou que establir un percentatge mínim de vots obtinguts del 7% per tal que els partits puguin rebre finançament públic no és contrari als principis del Conveni.

D'altra banda, el TEDH, Secció Primera, es va pronunciar sobre la cobertura dels mitjans de comunicació a la Sentència de 19 de juny del 2012, cas Partit Comunista de Rússia contra Rússia (assumpte 29400/05, en la que posa de relleu que durant la campanya electoral, els partits participants van gaudir de certa quantitat de temps d'antena lliure en les cadenes de televisió per a realitzar la seva pròpia

campanya electoral, això és, per a dur a terme la seva pròpia promoció política directa. A aquest efecte, cada companyia de radioteledifusió estatal tenia l'obligació de proporcionar a cadascun dels partits que concorrien a les eleccions una hora de temps d'antena lliure per dia laboral en cada cadena de televisió o estació de ràdio sota el seu control.

A més de la campanya pròpiament dita, les cadenes de televisió van dur a terme la seva pròpia cobertura mediàtica sobre el desenvolupament de les eleccions a través diversos programes informatius, telenotícies, programes analítics, entrevistes i altres. Els demandants mantenien que la distribució del temps d'antena entre els diferents candidats per part de les cinc empreses de radioteledifusió russes no va ser igualitària.

Pel que fa la qüestió relativa al temps dedicat pels mitjans de comunicació a les diferents formacions polítiques, el THDE afirma (apartat 101) que *“il est clair que le temps et les facilités techniques disponibles pour les émissions politiques n'étaient pas illimités”*, i que de l'informe de la Oficina per a Institucions Democràtiques i Drets Humans de l'Organització per a la Seguretat i la Cooperació a Europa OSCE/ODIHR –el qual va examinar les principals entitats de radioteledifusió controlades per l'Estat rus i essencialment va declarar que aquestes promocionaven obertament a Rússia Unida– es dedueix que qualsevol elector que busqués informació de manera activa podia obtenir-la mitjançant diverses fonts, i, en definitiva, *“La Cour constate que l'État défendeur a pris certaines mesures pour garantir aux partis et candidats d'opposition une certaine visibilité à la télévision russe et assurer l'indépendance éditoriale et la neutralité des médias. Ces mesures n'ont peut-être pas permis d'obtenir en pratique une égale présence sur les écrans de télévision de toutes les forces politiques en compétition. Toutefois, au vu des circonstances propres à l'élection de 2003 telles qu'elles ont été présentées à la Cour et eu égard à la marge d'appréciation dont jouissent les États dans la mise en œuvre de l'article 3 du Protocole no 1, il ne peut être considéré comme établi que l'État ait en l'espèce manqué à ses obligations positives dans ce domaine au point de violer cette disposition”*. (el subratllat no és de l'original)

Aplicant aquesta doctrina al cas que ens ocupa, no es pot exigir que la RTVA, SA ofereixi als Srs. J.E.N.C. i F.M.M. la possibilitat de participar en un programa de característiques similars que La Rèplica, com obliga la Resolució de la Junta Electoral impugnada, per això, cal estimar el recurs interposat per RTVA, SA.

DECISIÓ

En atenció a tot el què s'ha exposat, la Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia, en nom del poble andorrà, decideix estimar el recurs interposat per RTVA SA, i deixar sense efecte la Resolució 1/2019 de la Junta Electoral.

Aquesta sentència és ferma i executiva.

Manem que una vegada s'hagi complert el que disposa l'article 76 de la Llei de la Jurisdicció Administrativa i Fiscal es remeti certificació d'aquesta sentència a la Junta Electoral.