

Id Cendoj: 15030330011999100667
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Coruña (A)
Sección: 1
Nº de Recurso: 1059 / 1999
Nº de Resolución: 839/1999
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: FERNANDO SEOANE PESQUEIRA
Tipo de Resolución: Sentencia

01 /0001059 /1999

SECCION PRIMERA

EN NOMBRE DEL REY

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, ha pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A Nº 839/ 1999

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Ilmos. Sres.

D. GONZALO DE LA HUERGA FIDALGO PTE.

D. BENIGNO LOPEZ GONZALEZ

D. FERNANDO SEOANE PESQUEIRA

En La Ciudad de A Coruña, diecinueve de julio de mil novecientos noventa y nueve.

En el recurso contencioso electoral que con el número 01 /0001059 /19990, penden de resolución de esta Sala, interpuesto por PARTIDO POPULAR DE OURENSE, representado por el Procurador D. CARLOS GONZALEZ GUERRA y dirigido por el Letrado D. RAMIRO JUAN DULANTO LOJO, contra Acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Ourense de fecha 18 /06 /1999 sobre desestimación reclamación formulada Partido Popular relativa a la validez de votos de emigrantes. Comparece el Bloque Nacionalista Galego, representado por y dirigido por la Procuradora D^a María José Fernández Vázquez y dirigido por el Letrado D. Pedro Trepal. Interviene en el proceso el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Habiéndose recibido de la Junta Electoral de Zona de Ourense el escrito de recurso, con su informe y el expediente electoral y habiéndose personado dentro del plazo concedido a la parte recurrente, se acordó poner de manifiesto el expediente a las partes intervinientes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo de cuatro días pudiesen formular alegaciones, lo que hicieron a medio de escritos en los que la recurrente insiste en que se declare nulo el acuerdo de proclamación del concejal nº 7 de la candidatura del Bloque Nacionalista Galego y se proclame como tal al candidato nº 15 del Partido Popular. El Ministerio Fiscal y la representación del Bloque Nacionalista Galego solicitaron la desestimación del recurso.

SEGUNDO: Recibido el recurso a prueba, se practicó la admitida.

VISTO: Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D/ña. FERNANDO SEOANE PESQUEIRA

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El Partido Popular interpone recurso contencioso electoral contra el acto de proclamación de electos de 28 de junio de 1999 en la circunscripción electoral de Ourense en las elecciones locales celebradas el 13 de junio de 1999 derivado de los acuerdos de la Junta Electoral de Zona de Ourense y de la Junta Electoral Central de 18 de junio y 24 de junio de 1999, respectivamente.

Se funda la impugnación en que se han producido vicios e irregularidades invalidantes y determinantes del resultado final de la elección, consistentes en la indebida declaración de nulos de 242 votos de residentes-ausentes por parte de diversas mesas electorales, cuya validez postula a efectos de que de que se declare nulo el acuerdo de proclamación del concejal nº 7 de la candidatura del Bloque Nacionalista Galego y se proclame como tal al candidato nº 15 del Partido Popular.

En el hecho segundo de la demanda se ha transcrito la manifestación realizada por la candidatura impugnante en el acta levantada con ocasión del escrutinio general ante la Junta Electoral de Zona el 16 de junio de 1999 en la que, además del anterior extremo, asimismo se afirmaba que en el distrito 5, Sección 11, mesa B, existían actas contradictorias en los sobres 1 y 3, en base a lo cual, y al amparo del *artículo 105-4 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio*, del Régimen Electoral General (LOREG), se solicitaba que no se computase dicha mesa. Sin embargo, en este recurso tal alegación no se reitera, a consecuencia de lo cual en el suplico no se repite aquella petición, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que los dos ejemplares del acta de la sesión obrantes en los sobres 1 y 2 son coincidentes por lo que es correcto que el escrutinio se haya llevado a cabo en base a dichos documentos. Para ello acudió correctamente la Junta Electoral de Zona a la posibilidad que le confiere el *artículo 101-4 LOREG* de reclamar el segundo sobre (el archivado en el Juzgado de Primera Instancia) en la operación de escrutinio general SEGUNDO.- La concepción restrictiva de la jurisdicción contencioso-administrativa en esta materia electoral que emana de algún sector de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por ejemplo: sentencias de 23 de junio de 1989 y de 9 de julio de 1993) no coincide con la declarada por el Tribunal Constitucional que en su sentencia de 19 de julio de 1991 declaró que "la función que cumplen las Juntas Electorales a la hora de revisar los resultados habidos en los distintos comicios no se corresponde de manera absoluta con la que desarrollan los órganos judiciales con competencias en materia contencioso-electoral, quienes actúan con plena jurisdicción a la hora de revisar el resultado electoral y no se encuentran tan estrechamente limitados en su actuación como las Juntas Electorales (STC 26/1990 , f. j. 6)", añadiendo que "el recurso contencioso- electoral regulado en los *arts. 109 y ss. LOREG* , según sé recuerda en la demanda, tiene por finalidad última determinar con un razonable margen de seguridad el verdadero resultado electoral, preservando la pureza del proceso, más allá de concepciones formalistas de su objeto, "esclavas del principio dispositivo" (STC 24/1990 , f. j. 2º), y que lleven a orillar o, cuando menos, a aminorar el contenido de los derechos fundamentales recogidos en ambos apartados del *art. 23 CE* .".

TERCERO.- El motivo central esgrimido por la Junta Electoral de Zona de Ourense como por la Junta Electoral Central para desestimar las reclamaciones relativas a los 242 votos declarados nulos ha sido que, habiéndose comprobado la existencia de interventores de la recurrente en las diversas mesas en que tal incidencia tuvo lugar, ninguna protesta o reclamación se realizó por aquellos.

El *artículo 97-2 LOREG* establece que, terminado el recuento en las mesas electorales, después de confrontar el total de sobres con el de votantes anotados, el Presidente preguntará si hay alguna protesta que hacer contra el escrutinio y, no habiendo ninguna o después de que la mesa resuelva por mayoría las que se hubieran presentado, anunciará en voz alta su resultado.

El problema se suscita a la hora de fijar las consecuencias de la omisión de reclamación o protesta por los representantes de los partidos o de las candidaturas. Ciertamente existe una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que invoca la teoría de los actos propios de modo que el silencio y la falta de protesta en el momento oportuno expresa aceptación y acomodo a lo resuelto, de manera que la anomalía no denunciada en la mesa no puede posteriormente invocarse en un futuro recurso contencioso electoral (en ese sentido sentencias de 21 de julio de 1977, 18, 20 24 de abril de 1979, 9 y 10 de diciembre de 1982), llegando a declararse en la de 24 de abril de 1979 que lo contrario podría llevar a que fueran los Tribunales quienes realizaran el escrutinio, función que ni es ni puede ser propia de éstos. Pero bien puede observarse que dicha doctrina del TS es anterior a la entrada en vigor de la LOREG, aunque en un ámbito inferior las Salas de lo Contencioso- administrativo de las antiguas Audiencias Territoriales se pronunciaron en el mismo sentido tras el comienzo de vigencia de dicha norma electoral, como las sentencias de la AT de Valencia de 28 de julio de 1986, de Burgos de 16 de julio de 1987, de Madrid de 15 de agosto de 1987, de Castilla y León de 2 de diciembre de 1989 (posteriormente declarada nula por la sentencia del Tribunal Constitucional 27/1990, de 22 de febrero, a que luego se aludirá, de Navarra de 4 de diciembre de 1989 .

El Tribunal Constitucional estimó, ya en su sentencia 27/1990, de 22 de febrero, que dicha interpretación no se corresponde en absoluto con la finalidad de la normativa electoral, sobre todo en sus *artículos 108-1 y 112-1 de la LOREG*, y, en relación con la sentencia del TSJ de Castilla y León de 2 de diciembre de 1989 en que se había invocado aquel argumento, razonó que la atribución al candidato menos votado del escaño en litigio frente al que obtuvo mayor número de votos conduce de modo inmediato y directo a la vulneración del derecho fundamental consagrado en el *artículo 23-2 de la Constitución española*.

Existe en materia electoral un criterio prioritario que es el de la exigencia del conocimiento de la verdad material manifestada en las urnas por los electores (sentencia TC 24/1990, de 15 de febrero), lo cual ha llevado lógicamente a confirmar el anterior criterio en la sentencia del TC 157/1991, de 15 de julio, en la que se anuló la de 30 de junio de 1991 del TSJ de Canarias por haber llevado a cabo una interpretación rigorista y excesivamente formalista del *artículo 108-2 LOREG* (precisamente igual a la sustentada en el caso de autos por la Junta Electoral de Zona y por la Central en los acuerdos impugnados).

La sentencia 115/1995, de 10 de julio, ha reiterado la anterior doctrina de las sentencias 24/1990 y 157/1991. En ella, pese a que los recurrentes habían omitido formular protesta contra el Acta de la sesión de la mesa, previa a la reclamación ante la Junta de Zona prevista en el *artículo 108-2 LOREG*, lo que fue el motivo de que tanto ésta como la Central desestimaran los recursos sin entrar en el fondo de la pretensión, se argumenta que no todo defecto en el cumplimiento de los requisitos formales exigibles para formular reclamación ante las Juntas electorales puede llevar al rechazo de la pretensión sin entrar a examinar el fondo de las alegaciones. Y añade seguidamente dicha sentencia del TC: "Desde esta perspectiva, como ya dijimos en la STC 157/91, en la que se planteaba un supuesto de hecho similar al del presente caso en relación con los requisitos exigibles para formular las reclamaciones ante las Juntas Electorales, la falta de protesta contra el Acta de escrutinio previa a la reclamación ante la Junta Electoral de Zona (*art. 108,2 LOREG*), no puede impedir que la jurisdicción contenciosa entre a conocer el fondo de la cuestión planteada por el recurrente. Cuando se formula la preceptiva denuncia que establece el art. 108,2 ante la Junta Electoral de Zona -se afirma en el f. j. 4º de la citada resolución- esa denuncia tiene una doble consecuencia: por una parte, despeja las dudas que pudieran abrigarse sobre la existencia o no de diligencia de la candidatura actora; por otra, supone el agotamiento de la vía administrativa previa al contencioso electoral. "Ello, por otro lado, no significa privar de sentido a los instrumentos de revisión otorgados a las Juntas Electorales. Implica, sencillamente, reconocer que se trata de un instrumento previo al control jurisdiccional, de objeto y alcance no absolutamente equivalente, y que, en consecuencia, se encuentra sometido a requisitos propios (...). No existiendo, pues, en el caso concreto falta de diligencia por parte de la candidatura actora y habiéndose agotado la vía administrativa previa, la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ pudo y debió resolver sobre el fondo de la cuestión ante ella planteada, ya que no existía impedimento legal para ello, según la interpretación del *art. 108,2 LOREG* más favorable a la eficacia, tanto del derecho a obtener la tutela judicial efectiva como del derecho material cuya protección se instaba; el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos."

En aplicación del anterior criterio ha de considerarse que con las pautas formalistas extremas que aplicaron tanto la Junta Electoral de Zona como la Junta Electoral Central se vulneró el derecho, proclamado en el *artículo 23-2 de nuestra Carta Magna*, de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos. Por tanto, si esta Sala siguiese idéntica directriz formalista vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24-1 del mismo texto constitucional. Por consiguiente, procede, de conformidad con lo alegado por el Ministerio Fiscal, entrar a conocer del fondo de las alegaciones de la recurrente.

CUARTO.- Entrando en dichas alegaciones de fondo, la Sala puede y debe comprobar si las irregularidades denunciadas son determinantes del resultado final de la elección (sentencia TC 24/1990, de 15 de febrero), lo que siempre será más factible cuando, como en el caso presente sucede, se trata de vicios mensurables y cuantificables.

Los votos que han sido declarados nulos en diversas mesas se refieren a los residentes- ausentes, respecto a los cuales el *artículo 190-2 LOREG* establece algunas peculiaridades en cuanto a las papeletas ya que se trata de una "papeleta de votación en blanco, cuyo formato se determinará reglamentariamente, en la que el elector escribirá el nombre del partido, federación, coalición o agrupación a cuya candidatura desea votar (*art. 190-4 LOREG*). El *Real Decreto 605/1999, de 16 de abril*, ha concretado, en lo que ahora interesa, los modelos de papeletas para votación de los residentes ausentes en el extranjero en los municipios mayores de 250 habitantes (no hemos de olvidar que la impugnación afecta a la circunscripción electoral de Ourense), que son las que han de tenerse en cuenta.

En el recurso se alega que, en aplicación de la *Ley D'Hondt*, el Bloque Nacionalista Galego obtuvo 41 votos más que el Partido Popular en la adjudicación del candidato número 7 de su lista, y si se hubieran computado los 242 votos declarados indebidamente nulos en las mesas afectadas la composición de los candidatos electos "posiblemente" variaría al sumarse entre los votos nulos los correspondientes al Partido Popular.

Comenzando por la mesa 1.1.U., en la que figuran 70 votos nulos, en el acta de la sesión de la mesa (unida al folio 51 de las actuaciones) solamente consta ese dato, sin mencionarse incidencia alguna, mientras que en el Acta de la sesión del escrutinio celebrado ante la Junta Electoral de Zona ya se instó su validación por el representante del Partido Popular (folio 37 de los autos). Hay que hacer constar que el hecho de que los votos estén cubiertos a mano (lo que pudo inducir a confusión a los miembros de la mesa, como personas legas en la materia y no versadas en la legislación electoral) no los invalida pues ello es conforme con el *artículo 190-4 LOREG*. Ya el acuerdo de la Junta Electoral Central de 5 de junio de 1991 advirtió que la irregularidad consistente en anular en las mesas dichos votos del censo de residentes ausentes (los vulgarmente conocidos como CERA), por estar manuscritos, puede ser subsanada por la Junta Electoral de Zona. Revisadas por esta Sala todas y cada una de las papeletas resulta que son totalmente válidos y corresponden al PP 31 votos, por acomodarse a lo que dicho *artículo 190-4 LOREG* establece y al modelo aprobado por *Real Decreto 605/1999*. De los restantes hay nueve de dicho partido recurrente que han sido adecuadamente declarados nulos, bien por figurar el nombre de uno de los candidatos junto al nombre del partido (lo que podría interpretarse como rechazo de los demás, pese a que se trata de listas cerradas), bien, en uno de los casos, por tratarse de papeleta impresa no ajustada al modelo oficial y con los nombres de todos los candidatos. En consecuencia, estos últimos han de insertarse en el *artículo 96 LOREG*, bien en el apartado 2, al haberse producido alteración en la papeleta en el sentido de no escribir simplemente el nombre del partido (art. 190-4), bien en el apartado 1 por haberse emitido el voto en papeleta diferente al modelo oficial. La prohibición de señales o manipulaciones de cualquier tipo en las papeletas de voto ha sido enfatizada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 165/1991, de 19 de julio, en la que se ha destacado el principio de inalterabilidad de la lista electoral y el impedimento de alteraciones o manipulaciones en las papeletas de modo que, en cuanto a las de los residentes ausentes, ha de limitarse a la escritura del nombre del partido, coalición o agrupación electoral. Ya la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1977 había declarado que son nulas las papeletas que tengan alteraciones del tipo del examinado.

Seguidamente se pasa al examen de la mesa 2.1.A., en la que en el acta de la sesión (folio 47 de los autos) figuran 65 votos nulos, pese a lo cual sólo obran 64 en la documentación remitida, que fueron los únicos que se entregaron en la Junta Electoral de Zona, según consta al folio 23 de las actuaciones. Después se abordará el análisis de la incidencia que puede tener tal omisión de una papeleta declarada nula en la mesa. Revisadas todas las papeletas, claramente son computables 14 votos válidos en favor del PP por cumplir todos los requisitos de las papeletas oficiales y no adolecer de ninguna de las alteraciones y anomalías del *artículo 96 LOREG*. Junto a ellos hay dos dudosas y otras 15 papeletas del PP, que han sido adecuadamente declaradas nulas, en aplicación del criterio antes enunciado basado en el *artículo 96 LOREG*, bien, bien por contener el nombre de un candidato junto al del partido, bien por tratarse de papeleta en modelo no oficial del CERA y además figurar marcas o señales en algún candidato, y por último en un caso por existir tachaduras en la papeleta. Con el cómputo de esta mesa el PP ya habría obtenido 45 votos válidos, con lo cual ya habría superado al BNG en la atribución del escaño en disputa, no obstante lo cual terminarán de analizarse las papeletas remitidas en lo que puede afectar al recurso interpuesto.

En la mesa 3-2-A, pese a que en el acta de la sesión (folio 53) constan 24 votos nulos, sólo se ha remitido a la JEZ uno, lo cual igualmente se reseña en la recepción (folio 23). Dicha papeleta única remitida claramente ha de ser declarada nula debido a que en ella sólo figura el nombre de un candidato, sin mención alguna de partido, coalición o agrupación.

En el acta de la sesión de la mesa 3.2.B. (folio 55) se han hecho constar 7 votos nulos, habiendo sido remitidas todas las papeletas, de las que se desprende que se contienen dos votos perfectamente válidos en favor del PP, mientras que otras dos han sido adecuadamente declaradas nulas por figurar el nombre, de un candidato junto al del partido.

Por último, en la mesa 4.1.B. coinciden los ocho votos declarados nulos con las papeletas que han sido remitidas, con lo que se permite observar que se contienen cuatro votos válidos en favor del PP.

En consecuencia, el análisis de las papeletas remitidas permite discernir que indudablemente han sido inadecuadamente declarados nulos 51 votos válidos del partido recurrente, con lo cual, una vez computados, supera al Bloque Nacionalista Galego para la obtención de su decimoquinto escaño en la

Corporación municipal, con exclusión del séptimo edil del BNG.

Cierto es que de las declaradas nulas no han sido remitidas a la JEZ una papeleta de la mesa 2-1- A, 23 de la 3-2-A, y tampoco las correspondientes a las mesas 2-1-B (en cuya acta de sesión se recogían 51 votos nulos), 4-1-A (8 votos nulos) y 4-2-B (9 votos nulos) . El *artículo 100-2-c LOREG* establece la obligación de los componentes de la mesa electoral de introducir, entre la documentación del primer sobre a confeccionar, los documentos a que el acta de sesión haga referencia y, en particular, la lista numerada de votantes y las papeletas a las que se hubiera negado validez o que hubieran sido objeto de alguna reclamación. Como ya tuvo ocasión de declarar razonadamente la Junta Electoral Central en acuerdo de 7 de junio de 1991, de la simple omisión de las papeletas a las que se hubiera negado validez no se deduce la declaración de nulidad del acto de votación, en virtud de los principios de conservación de los actos electorales y efectividad de los derechos de votantes y candidatos, salvo que tal omisión pueda, de resultar cierta la reclamación del recurrente, determinar o resultar determinante para el resultado de la elección. En el caso presente ya hemos visto que con el examen de las restantes mesas ha sido bastante para detectar que el partido reclamante, validando las papeletas que son perfectamente válidas por resultar acordes a lo que la legalidad exige, obtiene 51 votos más, por lo que supera la diferencia necesaria para conseguir un edil más. En efecto, si a los 26.786 votos en favor del PP del acta de proclamación se añaden 51 votos arroja la cifra de 26.837 votos, que si se divide entre 15 resultan 1.789'133, mientras el BNG, según el acta de proclamación obtuvo 12.519 votos que divididos entre 7 da 1788'428, con lo que para la obtención del escaño en disputa resulta superado.

De todo lo anterior se desprende que, conforme a lo establecido en el *artículo 113-2-c LOREG* , ha de estimarse el recurso declarando la nulidad del acuerdo de proclamación del concejal nº 7 en favor del Bloque Nacionalista Galego y en su lugar ha de proclamarse al candidato nº 15 de la candidatura del Partido Popular.

QUINTO.- Con arreglo a lo dispuesto en el *artículo 117 LOREG* , no procede hacer condenar en costas ya que las peticiones del recurso se han revelado fundadas.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso electoral interpuesto por el Procurador don Carlos-Aurelio González Guerra, en nombre y representación del PARTIDO POPULAR contra el acto de proclamación de electos de 28 de junio de 1999 en la circunscripción electoral de Ourense en las elecciones locales celebradas el 13 de junio de 1999 derivado de los acuerdos de la Junta Electoral de Zona de Ourense y de la Junta Electoral Central de 18 de junio y 24 de junio de 1999, respectivamente, y en consecuencia, declaramos la nulidad del acuerdo de proclamación del concejal nº 7 en favor del Bloque Nacionalista Galego y en su lugar se proclama al candidato nº 15 de la candidatura del Partido Popular, por haber obtenido esta última en total 26.837 votos; sin hacer imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la advertencia de que es firme por no haber contra ella recurso ordinario ni extraordinario alguno, salvo el de aclaración, y sin perjuicio del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Comuníquese asimismo a la junta Electoral de Zona de Ourense mediante testimonio en forma, y devuélvase el expediente para su inmediato y estricto cumplimiento.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.