



Roj: STSJ AND 8237/2014 - ECLI:ES:TSJAND:2014:8237
Id Cendoj: 29067330032014100287

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso

Sede: Málaga

Sección: 3

Nº de Recurso: 802/2011

Nº de Resolución: 1564/2014

Procedimiento: CONTENCIOSO

Ponente: MARIA ROSARIO CARDENAL GOMEZ

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA Nº1564/14

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

Procedimiento Ordinario nº: 802/11

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE:

Dª. MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GÓMEZ

MAGISTRADOS:

D. JOSE BAENA DE TENA

DoD. CARLOS GARCIA DE LA ROSA

Sección Funcional 3ª

En la Ciudad de Málaga a 25 de julio de 2014.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente Sentencia en el Recurso Contencioso-Administrativo **número 802/11** interpuesto por EL PARTIDO POPULAR representado por el procurador D.AVELINO BARRIONUEVO GENER, contra la JUNTA ELECTORAL PROVINCIAL DE MALAGA y codemandado D. Emilio .

Ha sido Ponente el/la Ilmo/o. Sr./a. Magistrado/a.Dª. MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GÓMEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el PARTIDO POPULAR representado por el procurador D. AVELINO BARRIONUEVO GENER se interpuso Recurso Contencioso-Administrativo , registrándose el Recurso con el número 802/11 .

SEGUNDO .- Admitido a trámite, anunciada su incoación y recibido el expediente administrativo se dio traslado a la parte actora para deducir demanda, lo que efectuó en tiempo y forma mediante escrito, que en lo sustancial se da aquí por reproducido, y en el que se suplicaba se dictase sentencia por la que se estimen sus pretensiones.

TERCERO .- Dado traslado al demandado para contestar la demanda, lo efectuó mediante escrito, que en lo sustancial se da por reproducido en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se desestime la demanda.

CUARTO .- Recibido el juicio a prueba fueron propuestas y practicadas las que constan en sus respectivas piezas, y no siendo necesaria la celebración del vista pública, pasaron los autos a conclusiones, que evacuaron las partes en tiempo y forma mediante escritos que obran unidos a autos, señalándose seguidamente día para votación y fallo.

QUINTO .- En la tramitación de este procedimiento se han observado las exigencias legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en el presente Recurso Contencioso-Administrativo por la representación del Partido Popular el " Acuerdo de 13 de Junio de 2001 de la Junta Electoral Provincial de Málaga desestimando el recurso formulado por el PP contra acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Marbella de fecha 26/05/11, relativo a la denuncia formulada por la formación política recurrente contra el partido Andalucista y el PSOE-A, ambos de Fuengirola, por celebrar sendos actos de campaña electoral el día 20/05/11, en lugares públicos no ofertados por el Ayuntamiento para realizar actos de campaña electoral."

La pretensión que se ejercita es el dictado de " sentencia estimando el recurso interpuesto, declarando no ser conforme a derecho la resolución recurrida y ello al proceder pronunciarse sobre el fondo de la denuncia formulada por el PP con fecha 20/05/11, declarando que no debía de haberse celebrado el mitin fin de campaña de las formaciones políticas PSOE (en Plaza de España) y PA (en Plaza de Gloria Fuertes) previstos para el día 20/05/2011 en el municipio de Fuengirola, y ello al haberse celebrado los mismos en lugares y emplazamientos no incluidos entre los ofertados por el Ayuntamiento de Fuengirola para la celebración de actos de campaña electoral. Interesamos la expresa condena en costas de las partes que se opongán a la petición formulada."

Por el Letrado de las Cortes Generales y de la Junta Electoral Central, en la representación que también ostenta de la Junta Electoral de Zona de Marbella por encontrarse el mandato de esta extinguido en el momento de incoación del proceso y corresponder a la Junta Electoral Central su sustitución (artículo 551.2 de la L.O 6/1985 , de 1 de julio, del Poder Judicial), se solicita la desestimación del recurso, lo que también se solicita por la codemandada en representación del PSOE-A.

SEGUNDO.- Comienza la demanda por describir los hechos que acontecieron el día 20 de mayo de 2011 y que pasamos a exponer: " El día 20 de mayo de 2011 era viernes último día de campaña electoral de las elecciones municipales, previo a la jornada de reflexión, día en el que todas las formaciones políticas relevantes tenían previsto el importante mitin fin de campaña.

Para este acto fin de campaña y dado que el mismo suele tener una mayor incidencia de movilización y asistencia (lo que exige su realización en lugares públicos con mayor aforo) viene siendo práctica reiterada en todas las campañas electorales el hecho de que, independientemente de los lugares ofertados por el Ayuntamiento para la celebración de actos electorales, las formaciones políticas soliciten otros lugares distintos a fin de celebrar este acto fin de campaña. A tal efecto, y conforme a esta costumbre, se venían solicitando autorización al Ayuntamiento para el uso de este lugar público, siendo concedida dicha autorización a todas las formaciones políticas que le interesaban.

Así ha venido siendo hasta el pasado día 20 de mayo de 2011 en el que tuvo lugar una incomprensible actuación por parte del PSOE. Para dicho día 20 de mayo (insistimos, fin de campaña) en Fuengirola había tres formaciones políticas que tenían previsto la celebración de su mitin fin de campaña en lugares no ofertados por el Ayuntamiento; se trataba de las formaciones políticas PA (Plaza de Gloria Fuertes, ver folio 16 EXP ADMTR), PSOE (Plaza de España, ver folio 13 EXP ADMTR) y PP (Plaza de la Constitución, ver folio 42 EXP ADMTR).

De estas tres formaciones políticas, tanto PA como PP habían solicitado del Ayuntamiento autorización para el uso del espacio público, habiendo obtenido más formaciones políticas dicha autorización. Por su parte, el PSOE había solicitado autorización ante la Subdelegación del Gobierno de Málaga, pero no ante el Ayuntamiento de Fuengirola, sin que conste que fuera concedida dicha autorización.

Estas tres formaciones políticas anunciaron públicamente la celebración de su mitin fin de campaña, movilizándolo a todo su equipo de trabajo a fin de garantizar la mayor afluencia posible de personas al mismo.

De forma súbitamente incomprensible, el PSOE denuncia el jueves 19 de mayo ante la JEZ de Marbella al PP por tener previsto celebrar un acto electoral fuera de los lugares ofertados por el Ayuntamiento (es decir, denuncia al PP por algo que él mismo PSOE tenía previsto hacer).

Esta denuncia formulada por el PSOE dio lugar a un acuerdo adoptado por la JEZ de Marbella el mismo día 20/05/11 con el siguiente tenor literal: "Por esta JEZ se acuerda prohibir la celebración de los actos programados por el Partido Popular de Fuengirola en la Plaza de España y en la Plaza de la Constitución para el día de hoy, 20 de mayo de 2011 , por no estar incluidos tales lugares y emplazamientos dentro de los ofertados por el Ayuntamiento de Fuengirola para la celebración de actos de campaña electoral, y ya asignados en su día por esta JEZ, y ello conforme a los artículos 56.2 y 57.3 de la LOREG, y a los criterios ya establecidos por esta Junta (entre otros en el acuerdo en relación con el escrito 415 de la reunión de 19/05/11), y devenidos firmes, al deber ser considerados los actos indicados, sin duda, como de campaña electoral, con

independencia de la denominación que reciban o se les haya dado en la convocatoria; con prohibición expresa de celebración de los mismos fuera de los lugares y emplazamientos ofertados por dicho Ayuntamiento y ya asignados."

Se significa que se adopta el presente acuerdo sin traslado de la denuncia al Partido Popular por concurrir razones de urgencia por falta de tiempo material para verificar dicho traslado y el trámite de alegaciones, al estar señalándose los actos objeto de la denuncia para el mismo día de la fecha, que es, además, el último del periodo de campaña electoral, trámites estos que darían lugar a que se celebrasen los actos en cuestión que vulneran los preceptos de la LOREG en la materia, que surtirán efecto y causarían un daño irreparable, lo que supondría dar sentido a infracción al permitir que se lograra ya el efecto publicitario pretendido, eludiendo así de facto la aplicación de la LOREG y vulnerándose así los principios básicos que rigen en la materia. Y sin que ello cause indefensión al recurrente puesto que, como señala la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, en Sentencia de 7 de febrero de 2007, el mismo conoce perfectamente las razones por las que se adoptan los acuerdos, añadiendo que "Para adoptar la decisión de que la resoluciones son nulas por falta de audiencia generadora de indefensión, debe darse una situación claramente vulneradora de los derechos del afectado, que en este caso no se observan, y tanto de la redacción del recurso de alzada, como de la demanda se desprende el perfecto conocimiento de los hechos producidos y de la situación planteada, sin que se hayan omitido formas esenciales del procedimiento. Por tanto no se observan esos defectos generadores de indefensión, con perfecto conocimiento de las razones motiva adoras la suspensión de la campaña, y sin que se haya privado al recurrente de trámite alguno que vulneran sus derechos", consideraciones de plena aplicación al supuesto planteado a la lista de las circunstancias concurrentes, antes expuestas y que resultan del escrito de denuncia y de la documentación acompañada al mismo, y tal como se ha resuelto ya por la JEP de Málaga en el presente proceso electoral."

Dicho acuerdo fue notificado al PP a las 13,45 horas del viernes 20 de mayo.

Dados los términos del acuerdo notificado y el agravio comparativo que suponía el PP decidió formular denuncia por los actos convocados en las mismas condiciones por el PSOE y el PA siendo presentada aquella a las 17,00 horas.

Incomprensiblemente para la parte ambos escritos no fueron resueltos ese mismo día 20 sino el siguiente 26 de mayo de 2011 mediante acuerdos en que la JEZ decide " *no haber lugar a adoptar acuerdo alguno por carencia de objeto y finalidad al haberse celebrado ya la votación y haberse formulado la denuncia sin tiempo ni posibilidades materiales para adoptar una decisión fundada en derecho mediante el acopio de los datos*".

Recurridos los anteriores acuerdos ante la Junta Electoral Provincial el recurso es desestimado con fecha 13 de Junio de ese año " *A la vista de las circunstancias urgentes para la adopción del acuerdo recurrido expresadas por la Junta Electoral de Zona de Marbella en su informe. Sin que en su momento, pudieran llegar a prohibirse de forma expresa ninguno de los actos de cierre de campaña del PA y del PSOE-A denunciados por el Partido Popular, conforme a la propia fundamentación del acuerdo "haberse formulado la denuncia sin tiempo ni posibilidades materiales para adoptar una decisión fundada en derecho mediante el acopio de los datos, elementos e información necesarios para ello*".

Debe hacerse constar también que la denuncia presentada por el PSOE está fechada a 19 de Mayo por lo que pudo resolverse en la reunión de la JEZ de Marbella de las 13,30 horas del día siguiente ya que: apenas tres horas después se efectuó la denuncia en idénticos términos para otros dos partidos que tenían actos previstos ese mismo día a las 20,30 horas.

El PA había solicitado y obtenido igual que el PP del Ayuntamiento de Fuengirola autorización para la celebración del acto mientras que el PSOE-A formuló tal solicitud ante la Subdelegación del Gobierno de Málaga, pero no ante el Ayuntamiento sin que conste que fuera concedida la misma para la Plaza de España (donde se celebró).

Con la peculiaridad de que el PP lo había solicitado expresamente a la JEZ que se lo había prohibido mientras que ni el PSOE ni el PA habían efectuado esta última petición. " *Tal y como consta en el folio 17 EXP ADMT -informe de la Policía Local de Fuengirola -, llegada la hora prevista de la celebración de los mítines fin de campaña, el PP tuvo que comunicar a todos los asistentes al acto (unas tres mil personas) que el acto se suspendía por expresa orden de la JEZ*.

En las inmediaciones, el PSOE (en la plaza de España) y el PA (Plaza de Gloria Fuertes) celebraron sus actos."

TERCERO.- El planteamiento que fórmula la actora es "denunciar un manifiesto agravio comparativo y una patente desviación de poder derivada de la inacción de la JEZ de Marbella, que al no resolver la denuncia formulada por el PP consintió "que se celebrasen los actos en cuestión que vulneran los preceptos de la LOREG en materia, que surtirían efecto y causarían un daño irreparable lo que supondría dar sentido a la infracción al permitir que se lograra ya el efecto publicitario pretendido, eludiendo así de facto la aplicación de la LOREG y vulnerándose así los principios básicos que rigen en la materia" (según tenor literal de la resolución de la JEZ de Marbella de fecha 20/05/2011, folio 67 EXP Admtr), y todo ello habida cuenta que:

1º.-La JEZ de Marbella, en su resolución de 20/ 05/11 (prohíbe acto del PP) ya define todos los elementos fácticos y jurídicos para poder resolver la denuncia formulada por el PP ese mismo día.

2º.-Los mecanismos previstos por la LOREG permitirían resolver la denuncia formulada por el PP a las 17,00 horas respecto de un acto previsto para las 20,30 horas".

Recuerda además esta parte que el artículo 20 párrafo final de la LOREG prevé que: " Cuando la urgencia de la consulta no permita proceder a la convocatoria de la Junta y en todos los casos en que existan resoluciones anteriores y concordantes de la propia Junta o de Junta superior, los Presidentes podrán, bajo su responsabilidad, dar una respuesta provisional, sin perjuicio de su ratificación o modificación en la primera sección que celebre la Junta".

Añade que "en cualquier caso, e independientemente de la previsión del art. 20 LOREG, dado el tenor literal, claro, taxativo y terminante, de la resolución dictada por la JEZ de Marbella de 20/05/11 prohibiendo el acto del PP, no cabe duda que la necesidad de preservar la pureza del proceso electoral, el fin de la Junta Electoral de garantizar la transparencia y objetividad del mismo y el principio de igualdad (art.8 LOREG), y dada la obligación de atención preferente de los actos electorales que incumbe a los miembros de las Juntas Electorales (por todos, acuerdo de la junta electoral central de 25/05/2003: "Esta Junta Electoral Central tiene reiteradamente acordado que durante el periodo electoral hasta la proclamación de electos y en su caso hasta la ejecución de las sentencias en los procedimientos contenciosos, incluido el recurso de amparo previsto en el art. 114.2 LOREG, los miembros de la Juntas Electorales deben prestar atención preferente a las tareas propias de las Juntas Electorales) conllevaba en el caso presente la necesidad-obligación-ineludible de los miembros de la JEZ de Marbella de abordar con urgencia la denuncia formulada por el PP, resolviendo la misma antes de la consumación de los hechos denunciados".

Y también que "En este sentido han sido innumerables las denuncias formuladas por las distintas formaciones políticas con apenas horas antes de la realización del acto denunciado, y como las mismas han sido resueltas por la correspondiente Junta Electoral. A modo de ejemplo aportamos:

.-DOC Nº1: Resolución de la JE Provincial de Málaga de fecha 14/02/12 relativa a denuncia formulada el mismo día 14/02/12. El acto denunciado tenía prevista su celebración a las 10: 30 horas.

.-DOC Nº2: Resolución de la JE Provincial de Málaga de fecha 22/02/12 relativa denuncia formulada el mismo día 22/02/12. Los actos objeto de denuncia tenían prevista su celebración a las 10:00 y a las 12:00 horas.

.-DOC Nº3: Resolución de la JE Provincial de Málaga de fecha 9/02/12 relativa a denuncia formulada el mismo día 09/02/12. El acto tenía prevista su celebración a las 17:30 horas.

.-DOC Nº4: Resolución de la JE Provincial de Málaga de fecha 20/03/12 relativa a denuncia formulada el mismo día 20/03/12. El acto tenía prevista su celebración a las 15:30 horas."

A mayor abundamiento resalta la actora dos ideas:

"1º.- De hecho en la resolución de 20/05/11 la JEZ de Marbella expresamente incluye la Plaza de España (lugar de celebración del mitin del PSOE) como lugar no ofertado por el ayuntamiento para la celebración de actos de campaña electoral y, en consecuencia, como lugar en el que expresamente prohíbe la celebración de un mitin dicho día 20/05/11.

2º.- La propia formación PSOE, denunciada por el PP, expresamente reconoce que la plaza de España el lugar no ofertado en el que no se podría celebrar el acto, incurre en la manifiesta contradicción de formular denuncia el día inmediatamente anterior, 19/05/11-folio 36 EXP ADMTR-mencionando la Plaza de España como lugar el que no se puede celebrar el acto fin de campaña del PP, al mismo tiempo que publicita (folio 13 EXP ADMTR) y finalmente celebra (folio 17EXP ADMTR) su acto fin de campaña en dicha plaza, y ello pese a conocer el tenor literal de la resolución de la JEZ de Marbella de fecha 20/05/11 en el que expresamente prohíbe al PP celebrar su mitin en dicha plaza y todo ello gracias a la inacción de la JEZ."

CUARTO.- Recuerda la demandada que " *resultan ajenos a este proceso el acuerdo adoptado por la Junta Electoral de Zona el mismo día 20 de mayo de 2011 en relación al partido recurrente, por lo que desestimó la denuncia del PSOE-A se prohibió la celebración de los actos de campaña electoral programados por el Partido Popular de Fuengirola en la Plaza de España y en la Plaza de la Constitución el mismo día 20 de mayo de 2011. Este acuerdo no consta que fuese impugnado por la parte recurrente y es un acto firme y recurrible.*" Y resulta que " *la Junta Electoral de zona de Marbella mantuvo su última reunión dentro del período de campaña electoral a las 13:30 horas del mismo día 20 de mayo de 2011, presentándose la denuncia con posterioridad a la conclusión de esta reunión.*"

Así entiende que el art.20 LOREG se refiere a "consultas" y no a denuncias o a recursos y reprocha a la demandante que teniendo conocimiento del acto que se pretendía celebrar por el PSOE y PA por público y notorio podía haberlo denunciado mucho antes, " *y así lo tiene declarada la Jurisprudencia Constitucional, que a los actores del proceso electoral les es exigible una extrema diligencia en el ejercicio de sus derechos y deberes (Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2004, de 26 de febrero , por todas). No cabe exigir a la Administración electoral una actuación tan perentoria sin apenas tiempo de actuación respecto de hecho eran conocidos de forma notoria con mucha antelación. En el presente caso, la Junta Electoral de Zona de Marbella se reunió en la mañana de ese mismo día para atender diversas denuncias planteadas por los representantes de las candidaturas, y si dicha denuncia se hubiese presentado con antelación con toda seguridad hubiese podido ser resuelta por ella. No lo hizo así la formación recurrente, debiendo estar a las consecuencias derivadas de esa actuación tardía.*"

QUINTO.- Vistas las alegaciones de hecho y de derecho realizadas por las partes la Sala considera que tiene razón la actora en cuanto al hecho de haber dado lugar la JEZ de Marbella a un agravio comparativo no suficientemente justificado al prohibir el acto de cierre de campaña electoral del PP y no pronunciarse el mismo día acerca de actos de parecidas características tanto del PSOE como del PA.

Entendemos que precisamente si como afirma la demandada el hecho "era público y notorio" pocas o ninguna actuación tendría que realizar para impedir su celebración, contando con el recientísimo precedente del acuerdo adoptado apenas unas horas antes en relación con el acto de cierre de campaña del PP, no habiéndose acreditado que para la adopción del mismo hubieran sido precisas actuaciones complementarias que requiriesen un tiempo para ello.

El hecho cierto es que el acto del PP no pudo finalmente celebrarse y sí los convocados, también de manera ilegal, por aquellos otros dos Partidos Políticos que debían conocer sin duda alguna la anterior prohibición expresa de la JEZ al PP para que el acto en cuestión se celebrará en lugar no autorizado expresa y previamente para ello.

Por otro lado las Juntas Electorales en momentos claves de los procesos electorales como lo es, sin duda, el día del cierre electoral carecen de un horario concreto para su reunión y toma de decisiones especialmente si estas no comportan procedimiento dilatado como es el caso pues la denuncia contra el PP pudo resolverse en el plazo de 24 horas o menos sin ningún tipo de problema. Con más razón insistimos, teniendo este precedente luego de tomar su decisión el mismo día 20 con relación a los otros dos partidos políticos.

Así la campaña electoral la define el art. 50.2 de la LOREG como "el conjunto de actividades ilícitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones, en orden a la captación de sufragios". De ahí que las Juntas Electorales hayan de velar en todo momento por la licitud del proceso lo que en el presente supuesto no ha ocurrido al haber podido celebrar unos partidos políticos sus actos de cierre de campaña electoral en lugares no autorizados y existiendo una previa prohibición genérica para ello por parte de la JEZ al resolver la solicitud del PP.

Debe recordarse también que con la judicialización de la Administración Electoral se persigue asegurar la máxima objetividad, solidez y fiabilidad del aparato electoral que redundará en la pureza del proceso.

A la Administración Electoral, formada conforme a lo dispuesto en el art.8.2 de la LOREG ,se le encomienda la misión institucional de "garantizar en los términos de la presente ley, la transferencia y objetividad del proceso electoral" y, lo que es importante para el caso que analizamos, "el principio de igualdad".

Así pues las Juntas Electorales como parte de la Administración Electoral deben velar por la pureza del procedimiento.



Pero lo más importante es que refiriéndose a un proceso de tanta importancia democrática y política como el electoral y a su carácter efímero por estar condicionadas por cada concreto proceso electoral (nos referimos a la JEZ y JEP) deben esforzarse por dar respuesta y satisfacción a cuantas quejas y reclamaciones y peticiones se formulen durante el mismo, máxime si como ocurre en este caso, la falta de respuesta da lugar a una actividad ilegal al no haber sido autorizada, cuando una de las misiones fundamentales de la Administración Electoral es velar por el respeto al pluralismo político y social ejerciendo un control responsable, real y serio sobre los actos electorales.

Así, como ya se ha dicho, el régimen jurídico de estos órganos colegiados, cuya efímera naturaleza exige una actuación especialmente ágil a fin de no retardar la resolución de los obstáculos que eventualmente puedan producirse como lo demuestra la propia legislación electoral que viene a facilitar la remoción de los problemas que para ello puedan producirse.

Por lo anterior la Sala entiende que la JEZ tuvo tiempo para resolver con la inmediatez que el caso requería la denuncia formulada y no habiéndolo hecho así, pudiendo y debiendo hacerlo, su actuación, así como el refrendo dado más tarde por la JEP de Málaga no puede ser considerado por esta Sala conforme a Derecho. Máxime no habiéndose acreditado imposibilidad alguna para la convocatoria y urgente celebración de la Junta con la presencia, al menos, de tres de sus miembros.

SEXO.- Es por lo anterior por lo que la Sala decidirá la estimación del recurso si bien en aplicación del art. 139.1 de la Ley Jurisdiccional no procede la imposición de las costas procesales.

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

FALLAMOS

Estimar el presente Recurso Contencioso-Administrativo y anular los acuerdos impugnados en el mismo por su falta de conformidad a Derecho. Sin costas.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos.

Firme que sea la misma y con testimonio de ella, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados antes mencionados

PUBLICACIÓN .- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.