



Roj: STSJ GAL 5152/2011 - ECLI:ES:TSJGAL:2011:5152
Id Cendoj: 15030330012011100674
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Coruña (A)
Sección: 1
Nº de Recurso: 2/2011
Nº de Resolución: 673/2011
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: FERNANDO SEOANE PESQUEIRA
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.GALICIA CON/AD SEC.1

A CORUÑA

SENTENCIA: 00673/2011 **T.S.J.GALICIA CON/AD SEC.1A CORUÑA**

PONENTE: FERNANDO SEOANE PESQUEIRA

RECURSO NÚMERO: PROCEDIMIENTO ELECTORAL 2/2011

RECURRENTE: PARTIDO DE LOS SOCIALISTAS DE GALICIA (PSDEG-PSOE)

PARTES DEMANDADAS: PARTIDO POPULAR, JUNTA ELECTORAL DE ZONA DE CARBALLO

INTERVIENE EL MINISTERIO FISCAL

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos./as. Sres./as. D./D^a

FERNANDO SEOANE PESQUEIRA.- Pte.

DOLORES RIVERA FRADE

PEDRO J. FERNÁNDEZ DOTÚ

A CORUÑA, veintidós de junio de 2011.

Vistos por la Sala, constituida por los Ilmos. Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número RECURSO

ELECTORAL **2/2011** interpuesto por el procurador D. XULIO LÓPEZ VALCÁRCEL, en nombre y representación del PARTIDO DE LOS SOCIALISTAS DE GALICIA

(PSDEG-PSOE), contra EL ACUERDO DE LA JUNTA ELECTORAL DE ZONA DE CARBALLO, de fecha 3 de junio de 2011. Han sido partes demandadas el

PARTIDO POPULAR, representado por el procurador D. JOSÉ A. CASTRO BUGALLO y la JUNTA ELECTORAL DE ZONA DE CARBALLO, representada por el

ABOGADO DEL ESTADO; INTERVIENE EL MINISTERIO FISCAL.

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. FERNANDO SEOANE PESQUEIRA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Admitido a trámite el presente recurso, se practicaron las diligencias oportunas y, recibido el expediente, se dio traslado del mismo a la parte recurrente para deducir la oportuna demanda, lo que se hizo a medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que se estimaron pertinentes,

se acabó suplicando que se dictase sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución impugnada en este procedimiento.

SEGUNDO .- Conferido traslado a las partes demandadas así como al Ministerio Fiscal, evacuaron dicho traslado a medio de escritos con los hechos y fundamentos de derecho que estimaron procedentes y suplicando la desestimación del recurso.

TERCERO .- Por Auto de fecha 15 de junio de 2011 se acordó recibir el procedimiento a prueba, que se practicó al día siguiente; y por diligencia de fecha 20 de junio de 2011 se declaró concluso el procedimiento para dictar sentencia.

CUARTO.- En la sustanciación de recurso se han observado las prescripciones legales, siendo la cuantía del mismo indeterminada.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- El Partido dos Socialistas de Galicia-Partido Socialista Obrero Español impugna en esta vía jurisdiccional el acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Carballo de 3 de junio de 2011 de proclamación de candidatos electos en las elecciones celebradas en la circunscripción electoral de Carballo el día 22 de mayo de 2011.

SEGUNDO .- Mediante este recurso se pretende la declaración de nulidad de la votación celebrada el día 22 de mayo de 2011 en la mesa B, sección 27, distrito 1, del Ayuntamiento de Carballo, y, en consecuencia, se solicita que se ordene proceder a una nueva elección en dicha mesa, fundando dicha petición en la constitución irregular de aquélla y en el desarrollo irregular de la votación, al quedar la citada mesa en distintos momentos del día reducida a un solo miembro.

Tal como se expone en el escrito de interposición del recurso, en torno a las 12 horas del día de la votación un interventor del Partido Popular hizo una reclamación, en la mesa electoral B, sección 27, distrito 1, del Ayuntamiento de Carballo, poniendo de manifiesto que el presidente de la mesa era el candidato nº 11 de la lista electoral del Bloque Nacionalista Galego de Carballo, por lo que, comunicada dicha circunstancia a la Junta Electoral de Zona (JEZ) de Carballo, ésta dictó una resolución por la cual se cesaba al mencionado presidente de la mesa, manteniéndola con dos vocales, nombrándose a uno de ellos como presidente. Se añade que en diversos momentos de la votación la mesa quedó formada únicamente por un miembro, pues, pese a las instrucciones recibidas de la JEZ, cuando menos a la hora de comer se ausentaron cada uno de los miembros en momentos distintos, lo cual se alega como grave irregularidad vulneradora del artículo 89 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General ("La Mesa deberá contar en todo momento al menos con la presencia de dos de sus miembros"), encauzándose como vicio de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con el 25 y 89 de la Ley Orgánica 5/1985, al haberse formalizado el acto de la votación y escrutinio sin seguir el procedimiento legalmente establecido.

Tanto la JEZ como la Junta Electoral Central desestimaron la reclamación, esta última en base a que las irregularidades denunciadas no pueden encauzarse a través del artículo 108.2 LOREG ("Los representantes y apoderados de las candidaturas disponen de un plazo de un día para presentar las reclamaciones y protestas, que sólo podrán referirse a incidencias recogidas en las actas de sesión de las Mesas electorales o en el acta de la sesión de escrutinio de la Junta Electoral"), añadiendo, como fundamento de la desestimación, que no se acreditan suficientemente las irregularidades y no resultarían proporcionadas a una medida tan grave como la postulada.

TERCERO .- La representación del Partido Popular esgrime diversas causas de inadmisibilidad del recurso, que han de ser previamente examinadas.

En primer lugar, se alega defecto de postulación procesal, en base a que el recurrente no asiste defendido por Letrado ni representado por Procurador. Esta primera alegación no puede prosperar porque del examen de las actuaciones se deduce que el Partido dos Socialistas de Galicia-Partido Socialista Obrero Español comparece representado por el Procurador don Xulio López Valcárcel y defendido por el Letrado don José Arcos Álvarez, por lo que no existe defecto de postulación alguno.

En segundo lugar, se aduce falta de agotamiento de la vía administrativa previa, al amparo del artículo 113.2.a de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en relación con el 69.c y 25 de la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa, que se basa en que la reclamación del PSdeG- PSOE ante la Junta Electoral de Zona de Carballo fue presentada extemporáneamente, después de finalizar el plazo

de un día señalado por el artículo 108.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), al haber finalizado el escrutinio general en la Junta Electoral de Zona a las 10'21 horas del día 25 de mayo de 2011, mientras que la reclamación se presentó más tarde de dicha hora del día siguiente, en concreto a las 13'50 horas.

Al margen de que de la documentación electoral enviada o aportada por las partes no se deduce el dato horario a que se refiere la representación del Partido Popular, el plazo de un día para presentar reclamaciones y protestas a que se refiere el artículo 108.2 de la LOREG ha de computarse en su integridad y no de hora a hora, como pretende aquella representación: 1º porque no existe precepto alguno que ampare la interpretación restrictiva que se postula, y, por el contrario, el artículo 119 de la LOREG establece que "Los plazos a los que se refiere esta Ley son improrrogables y se entienden referidos, siempre, en días naturales", por lo que no cabe partarlos en horas; 2º porque el artículo 48.1 y 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, parte de que el día se computa desde el siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación del acto de que se trate (en el artículo 108 LOREG se presume que los representantes y apoderados de las candidaturas han estado presentes en el escrutinio general de la Junta Electoral de Zona y se han enterado de lo acaecido en la sesión del escrutinio general) y que se dispone de él en su integridad, pues no dice nada en contra; 3º no consta que se haya alegado nada ante la Junta Electoral Central en torno al extremo que ahora se aduce; 4º el acto que agota la vía administrativa y que es impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa es el de proclamación de electos, en este caso adoptado el día 3 de junio de 2011, por lo que no tiene apoyo alguno la alegación de que se trata.

En tercer lugar se alega que el recurso interpuesto se limita a reproducir las alegaciones contenidas en la reclamación presentada en su día ante la Junta Electoral de Zona de Carballo, sin intentar evidenciar la contradicción a Derecho de la resolución de la Junta Electoral Central impugnada, y sin argumentar en qué medida los hechos que denuncia influyeron en el resultado electoral y en la proclamación de candidatos.

Resulta evidente que la anterior alegación no puede insertarse en motivo de inadmisibilidad alguno de los contenidos en el artículo 69 de la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa, sino que, en su caso, se podría tener en cuenta al analizar el fondo del asunto.

CUARTO.- Ya en cuanto a lo que propiamente constituye el fondo del asunto, la representación del PP alega que existe una reiterada jurisprudencia que declara que el silencio y la falta de protesta en el momento procesal oportuno expresa aceptación y acomodo a lo resuelto, destacando que, pese a constar presente un interventor del PSdeG-PSOE en el acta de constitución y escrutinio de la mesa así como apoderados del mismo partido en el colegio electoral, ni unos ni otros hicieron constar protesta ni reclamación alguna por las supuestas irregularidades que ahora denuncian.

La anterior alegación, basada en la doctrina de los actos propios, no puede ser acogida, pues, a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional 24/1990, 157/1991 y 115/1995, se ha entendido que los instrumentos de revisión ante las Juntas Electorales son un requisito previo al control jurisdiccional, pero no tienen efecto preclusivo de manera necesaria sobre la actuación judicial. En concreto, la sentencia TC 115/1995, de 10 de julio, reiterando la doctrina recogida en la sentencia 157/1991, de 15 de febrero, argumentó que "la falta de protesta contra el acta de escrutinio previa a la reclamación ante la Junta Electoral de Zona, no puede impedir que la jurisdicción contenciosa entre a conocer el fondo de la cuestión (fundamento jurídico cuarto).

Tal como se desprende de dichas sentencias del Tribunal Constitucional 157/1991, de 15 de julio, y 115/1995, de 10 de julio, el recurso contencioso-electoral, regulado en los arts. 109 y ss. de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), tiene por finalidad última determinar, con un razonable margen de seguridad, el verdadero resultado electoral, al constituir criterio prioritario el del conocimiento de la verdad material manifestada en las urnas por los electores (sentencia del Tribunal Constitucional 24/1990), lo que ha de llevar a huir de cualquier interpretación rigorista y excesivamente formalista de la normativa en la materia y en concreto del artículo 108.2 LOREG. Esa proscripción de dicha interpretación excesivamente formalista ha llevado al Tribunal Constitucional al argumento de que 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, pero siempre partiendo de que se ha formulado posteriormente la reclamación ante la JEZ, pues ésta no puede actuar de oficio, como se deduce de una interpretación racional e integradora de los artículos 106 y 108 LOREG. Tal conclusión viene respaldada igualmente por la sentencia de 19 de julio de 1991 del Tribunal Constitucional, en la que se argumenta 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. 6º)", añadiendo que "el recurso contencioso-electoral regulado en los arts. 109 y ss. LOREG, según se 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.". Pero se añade en dicha sentencia que "Ahora bien, de ahí no puede pretender deducirse que las candidaturas que deseen denunciar irregularidades acaecidas en las Mesas o en el escrutinio general y, en definitiva, recurrir los Acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos, puedan disponer libremente e, incluso, renunciar al uso del sistema de reclamaciones y recursos administrativos previstos en la Sec. XV Cap. VI LOREG, capítulo destinado al Procedimiento Electoral y Sección que, no por casualidad, precede a la destinada a regular el posterior recurso contencioso-electoral". Con ello quiere dejarse patente que para denunciar vicios o irregularidades se arbitra el sistema de reclamaciones que figura en la LOREG, y una de ellas, ante las Juntas, es la prevista en el artículo 108-2 LOREG. Por tanto, no será imprescindible que previamente se haya denunciado ante la mesa (tal como declara el TC en la doctrina mencionada) para formular protesta o reclamación ante la JEZ.

En el caso de autos, pese a la ausencia de protesta ante la mesa por parte del interventor del PSdeG-PSOE, que indudablemente estaba presente, como consta en el acta de la mesa, se dedujo la oportuna reclamación ante la Junta Electoral de Zona y, posteriormente, ante la Junta Electoral Central, por lo que se cumplió el presupuesto exigido por la jurisprudencia, de modo que no cabe acoger la alegación que trata de impedir el análisis de la cuestión nuclear del recurso.

En el recurso se parte de que la mesa electoral permaneció con un solo miembro de los designados originariamente en varios momentos, con incumplimiento de lo previsto en el artículo 89 de la LOREG. La prueba testifical practicada ha puesto de manifiesto que, en efecto, una vez que la Junta Electoral de Zona decidió que el presidente de la mesa no podía continuar en ejercicio de sus funciones, por ser candidato de la lista del BNG (con incumplimiento de lo previsto en el artículo 27.1 de la LOREG), la mesa impugnada hubo de continuar con dos vocales, debiendo desempeñar el primero de ellos el cargo de presidente, y que al mediodía abandonó la mesa para ir a comer primero uno y después otro de dichos vocales, en todo caso un tiempo máximo de una hora cada uno (algún testigo especificó menor tiempo), si bien permanecieron interventores de las candidaturas con el que quedaba e incluso una representante de la Administración les ayudó en las labores materiales, como apuntar en la lista del censo a los electores que iban votando. En todo caso, ello no constituye una irregularidad invalidante del resultado de la votación, como ya se había declarado en la antigua sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1977, en la que se estimó que "la ausencia simultánea de una mesa de dos de sus miembros, permaneciendo el presidente y los interventores, constituye una irregularidad no invalidante del resultado de la votación". Esa es la interpretación adecuada y proporcionada del artículo 89 de la LOREG, que, aunque exige que la mesa cuente, en todo momento, al menos con la presencia de dos de sus miembros, ello no significa que, una vez constituida válidamente, la ausencia ocasional de uno de los dos miembros que queden haya de dar lugar necesariamente a la nulidad de la votación.

Una vez que ha quedado aclarado que esta jurisdicción puede entrar en el examen de las irregularidades que se denuncien, también conviene poner de manifiesto que rigen en esta materia tanto el principio de conservación del acto electoral como el principio de proporcionalidad, todos ellos interpretativos en la materia y asentados en la doctrina del TC, de modo que solamente cabe otorgar relevancia como irregularidades invalidatorias a aquellas de las que pudiera deducirse falseamiento de la voluntad popular por alcanzar a modificar el resultado final. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 169/1987, de 29 de octubre, declaró que "el principio de conservación de los actos jurídicos, de indudable trascendencia en el Derecho electoral, encuentra su manifestación en el apartado 3 del propio art. 113 (suprimido por la Ley Orgánica 8/1991, pero ahora sustancialmente integrado en el artículo 113.2.d LOREG), que excluye la anulación de la elección cuando el vicio del procedimiento electoral no es determinante del resultado de la elección o cuando la invalidez de la votación en una o varias secciones no altera el resultado final". Incide en uno y otro principio la sentencia del Tribunal Constitucional 24/1990, de 15 de febrero, de modo que la nulidad de la elección en una o varias mesas y necesidad de nueva convocatoria solamente tendrá lugar cuando su resultado altere la atribución de escaños en la circunscripción electoral, tal como ahora dispone expresamente el artículo 113.2.d de la LOREG. Esa comprobación de la incidencia de las irregularidades denunciadas en el resultado final de la elección es factible cuando los vicios detectados son mensurables o cuantificables,

pero especialmente difícil en otro caso, como ahora sucede, pues el propio recurrente no alega ni trata de demostrar aquella relevancia decisiva para que la reclamación pueda prosperar.

Esta ausencia de análisis por el recurrente sobre el juicio de relevancia en el resultado final de la elección pone de relieve la omisión de un requisito imprescindible para que pueda acordarse la postulada nulidad de la votación en la mesa B, sección 27, distrito 1, del Ayuntamiento de Carballo. En efecto, al margen de la alegación de la ausencia simultánea de dos de los miembros en algunos momentos, en ningún caso se pone en cuestión la actuación de los miembros de la mesa durante el desarrollo de la votación ni se invoca alguna otra irregularidad que pudiera incidir en aquel resultado final, por lo que se trata de una mera irregularidad no invalidante que no puede determinar la nulidad que se reclama.

Debe recordarse que, tras el cese del presidente de la mesa, se mantuvo la misma con dos vocales, asumiendo el cargo de presidente el vocal primero (resolución de la Junta Electoral de Zona de 22 de mayo de 2011), tal como autoriza el artículo 89 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, y, según las propias alegaciones del demandante, la ausencia de uno de los dos miembros, cuando tuvo lugar, fue temporal y ocasional, de modo que no se ha demostrado actuación irregular alguna de la mesa que haya podido tener relevancia de cara al resultado final.

Por tanto, la aplicación de los principios de verdad material, conservación del acto electoral y proporcionalidad, han de llevar necesariamente al decaimiento de la pretensión ejercitada.

Por todo lo cual procede la desestimación del recurso.

QUINTO .- Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 117 LOREG, han de imponerse al recurrente las costas, por haberse evidenciado su petición manifiestamente infundada.

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

FALLAMOS

que debemos desestimar y **desestimamos** el recurso contencioso electoral interpuesto por **EL PARTIDO DOS SOCIALISTAS DE GALICIA - PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL** contra el acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Carballo de 3 de junio de 2011 de proclamación de candidatos electos en las elecciones celebradas en la circunscripción electoral de Carballo el día 22 de mayo de 2011 y, en consecuencia, declaramos la validez de la elección y de la proclamación de electos realizada, imponiendo al recurrente las costas.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que según dispone el art. 114.2 LO 5/85, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, contra la misma no procede recurso contencioso alguno, ordinario ni extraordinario, salvo el de aclaración, y sin perjuicio del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. FERNANDO SEOANE PESQUEIRA al estar celebrando audiencia pública la Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe. A CORUÑA, veintidós de junio de dos mil once.