

## Suplemento

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**13315** *Sala Primera. Sentencia 125/2011, de 14 de julio de 2011. Recurso de amparo 3806-2011. Promovido por el Partido Socialista Obrero Español respecto a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía resolutoria del recurso contencioso electoral sobre elecciones municipales al Ayuntamiento de Lújar (Granada). Alegada vulneración del derecho de acceso a los cargos públicos representativos: falta de agotamiento de la vía administrativa previa al proceso contencioso-electoral al no haberse formulado la pertinente reclamación o protesta ante la junta electoral; forma de celebración del sorteo para resolver el empate entre candidaturas que no resulta contraria al principio de proporcionalidad en la adjudicación de concejales.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Pascual Sala Sánchez, Presidente, don Javier Delgado Barrio, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Tremps y doña Adela Asua Batarrita, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3806-2011, promovido por el Partido Socialista Obrero Español, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Virginia Aragón Segura, bajo la dirección de la Letrada doña Ana Ovejero Puente, contra la Sentencia núm. 1538/2011, de 27 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que resuelve el recurso contencioso electoral núm. 1525-2011 interpuesto contra el acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Motril de 6 de junio de 2011, sobre proclamación de electos en las elecciones municipales de 22 de mayo de 2011. Ha comparecido el Partido Popular, representado por el Procurador de los Tribunales don Juan Ignacio Valverde Cánovas y bajo la dirección letrada de don José Miguel Castillo Calvín. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Pérez Tremps, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 30 de junio de 2011, doña Virginia Aragón Segura, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación del Partido Socialista Obrero Español, interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial a la que se ha hecho mención en el encabezamiento de esta Sentencia y contra el acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Motril también referido.

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso y que resultan relevantes para su resolución son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Celebradas elecciones municipales el 22 de mayo de 2011 en el municipio de Lújar (Granada), se constata la emisión de 325 votos válidos, de los cuales 3 fueron votos en blanco, no hubo votos nulos, y los 322 votos restantes se repartieron exactamente a la mitad entre las dos únicas candidaturas, la del Partido Popular (PP) y la del Partido Socialista Obrero Español de Andalucía (PSOE-A). Resulta, por tanto que tanto el PP

como el PSOE obtienen 161 votos válidos. Debiendo elegirse siete concejales, la mesa electoral adjudica tres a cada candidatura y, para determinar a quién correspondía el séptimo concejal, la Junta Electoral de Zona celebra un sorteo mediante el lanzamiento de una moneda al aire resultando ganadora la candidatura del Partido Popular, y atribuyendo la Junta Electoral de Zona el séptimo concejal electo a esta formación política. En este acto, y según consta como hecho probado en el fundamento jurídico 1 de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía impugnada en amparo, una vocal de la Junta Electoral puntualizó que el sorteo no fue para el séptimo concejal sino que se celebró para dilucidar entre el primer y el segundo concejal, expresando además, la citada vocal, la siguiente opinión: «entiende que el sorteo vulnera el art. 163.1 c y d de la LOREG, pues a su juicio, una vez hecho el sorteo que la ley expresa, el primer concejal se resolverá por sorteo y los sucesivos empates de forma alternativa, no refiriéndose en ningún caso a los sucesivos candidatos ... entiende correcta la proclamación de los dos primeros candidatos, pero no las sucesivas proclamaciones por entender que corresponde al PSOE el tercero y al PP el cuarto y, las siguientes designaciones serían correctas.»

b) Frente al acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Motril (Granada) de 6 de junio de 2011, que atribuye cuatro concejales al PP y tres concejales al PSOE-A, la representación procesal de este último plantea recurso electoral contencioso-administrativo, en el que se solicita que se haga una nueva proclamación de electos conforme a los criterios contenidos en el recurso y de acuerdo al sorteo realizado, de forma que se proclamen electos los cuatro primeros candidatos de la candidatura del PSOE y los tres primeros de la candidatura del PP. En el recurso el PSOE asume la interpretación realizada por la vocal de la Junta Electoral de Zona, y da una lectura al art. 163.1 d) de la Ley Orgánica del régimen electoral general (LOREG) que alteraría, de aplicarse, la atribución de concejales.

c) El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía resuelve el recurso contencioso-electoral confirmando la proclamación de electos mediante la Sentencia núm. 1538/2011, de 27 de junio. A juicio del órgano jurisdiccional lo relevante para la resolución de los empates entre candidaturas es atender a la finalidad de la ley electoral que establece el procedimiento de desempate en el art. 163.1 c) y d) LOREG, siendo esta finalidad resolver tal empate a favor de uno de los partidos mediante la suerte o el azar. Teniendo esto en cuenta y sabiendo que es hecho probado que el Partido Popular fue el que ganó el sorteo es obvio que el ganador tiene que recibir el número mayor de ediles electos «no hay otra interpretación lógica ni teleológica para la literalidad del precepto». El órgano jurisdiccional no descarta que lo más lógico sea comenzar, tras el sorteo, atribuyendo el primer concejal al ganador del mismo y los sucesivos alternativamente a cada una de las listas cuyos cocientes presentaran empate absoluto. Pero también afirma que el resultado, no obstante, es exactamente igual si el desempate mediante sorteo se produce con respecto al séptimo y último concejal, como, por otro lado, decidió realizar la Junta Electoral de Zona, siempre que los anteriores se hubieran atribuido también alternativamente a cada una de las candidaturas.

3. El recurrente en amparo alega en su demanda la vulneración, por parte de la Sentencia y del acuerdo de proclamación de electos impugnados, del derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos (art. 23.2 CE). Esta lesión se habría dado en la medida en que tanto la Administración electoral en el acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Motril de 6 de junio de 2011, como el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en la Sentencia de 27 de junio de 2011 que confirma la validez del Acuerdo, habrían realizado una inadecuada interpretación de la regla d'Hont para los casos de empate absoluto entre las candidaturas, apoyándose en criterios hermenéuticos ajenos a la lógica jurídica y a las reglas estrictamente previstas en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general. A juicio de los recurrentes la Junta Electoral de Zona y el Tribunal Superior de Justicia han ignorado el sistema electoral en perjuicio de su derecho fundamental al acceso, en condiciones de igualdad, a los cargos públicos (art. 23.2 CE).

La parte recurrente en amparo alega que la regla aplicable para resolver el empate es la que se deduce de la lectura combinada de los arts. 163.1 c) y d) LOREG, al que se remite el art. 180 LOREG, de modo que el lanzamiento de una moneda al aire se hubiera destinado a resolver el primer empate de cocientes y no de votos totales y que del mismo se deduciría, siguiendo las pautas legales que el primer concejal era para el PP. El segundo concejal por aplicación del art. 161.1 c) LOREG para el PSOE-A, el tercero debería resolverse por sorteo dado el nuevo empate de cocientes, pero, por aplicación del art. 161.1 d) LOREG se acudiría a la regla de la alternatividad y sería para el PSOE-A, el cuarto por mayor cociente correspondería al PP, el quinto, por tercer empate de cocientes sería para el PP por alternatividad, el sexto para el PSOE-A por mayor cociente, y el séptimo para el PSOE-A por aplicación de la regla de la alternatividad en la resolución del cuarto empate de cocientes. De la aplicación de la ley, interpretada en estos términos, resultaría que la adjudicación de concejales hubiera debido resultar favorable al PSOE-A con cuatro concejales frente a los tres del PP. El recurrente justifica la especial trascendencia constitucional del recurso afirmando que la misma radica en «la interpretación que debe darse, para su aplicación y general eficacia, al sistema electoral vigente instaurado por la LOREG y en concreto a la aplicación de la regla de atribución de concejales en los casos de empate numérico de votos entre las fuerzas concurrentes y que garantiza el cumplimiento del contenido y alcance del derecho fundamental al acceso en condiciones de igualdad las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes (artículo 23.3 de la Constitución Española), derecho desarrollado de manera directa por la Ley Orgánica referida».

4. Por providencia de 4 julio de 2011, la Sala Primera de este Tribunal acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), la admisión a trámite de la demanda de amparo y dirigir atenta comunicación a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a fin de que proceda a remitir las actuaciones correspondientes, incluido el expediente electoral, con emplazamiento a quienes hubieran sido parte en ese procedimiento para que, en el plazo de tres días, pudieran personarse ante el Tribunal Constitucional y formular las alegaciones que estimaran pertinentes. Asimismo se da traslado al ministerio Fiscal para que, en el plazo de cinco días, formule alegaciones si ello procede.

5. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 11 de julio de 2011 representado por el Procurador de los Tribunales don Juan Ignacio Valverde Cánovas, y bajo la dirección letrada de don José Miguel Castillo Calvín, se persona y presenta sus alegaciones en relación con la demanda de amparo el Partido Popular, que interesa la desestimación del amparo, alegando la falta de invocación del derecho constitucional vulnerado tan pronto como, una vez conocida la lesión del derecho, hubo lugar para ello [art. 44.1 c) LOTIC]. A juicio del Partido Popular, el demandante en amparo debió recurrir frente al acta de proclamación de electos presentando en el acto de sorteo que celebró la Junta Electoral de Zona para dilucidar el desempate reclamación, la correspondiente protesta o recurso ante la misma Junta Electoral. La ausencia de tal recurso demostraría, a juicio del Partido Popular, el acuerdo entre ambas formaciones políticas sobre el modo en que debía llevarse a cabo el sorteo para el desempate. Entrando al fondo de la vulneración invocada, la representación procesal del PP entiende que no ha existido vulneración del art. 23.2 CE, puesto que la interpretación realizada por el órgano jurisdiccional del art. 163 LOREG es la que se adapta mejor a la finalidad de la norma, puesto que, «quien gana el sorteo, debe tener un concejal más».

6. El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones el 8 de julio de 2011. Tras resumir los antecedentes del caso, y antes de entrar al análisis de fondo relacionado con la eventual lesión del art. 23.2 CE por parte de las resoluciones impugnadas, el Ministerio Fiscal afirma que cabe poner en duda el correcto cumplimiento del requisito de la invocación de la vulneración del derecho tan pronto como fue posible, e incluso el correcto agotamiento de la vía previa al recurso contencioso-administrativo. A juicio del Ministerio

Fiscal «un recorrido adecuado de la vía administrativa previa exigiría que quien pretenda recurrir en contencioso electoral los acuerdos de las Juntas Electorales generados en materia de proclamación de candidatos electos que puedan resultarle contrarios a sus intereses, deberá previamente haber articulado las pertinentes reclamaciones o protestas ante la Junta Electoral que proceda de acuerdo con el referido art. 108.2 LOREG. De ser resueltas de nuevo en su contra deberá recurrir conforme a las disposiciones del apartado 3 del propio art. 108 LOREG para el examen de sus pretensiones por la Junta Electoral Central; y por último, una vez satisfechos estos requisitos de agotamiento de la vía administrativa previa, podrá acudir como recurrente a la vía contencioso-electoral, ante la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia o Tribunal Supremo, según la modalidad de proceso electoral en que se esté (ex art. 112.2 LOREG), sosteniendo el mismo. Sólo después de haber pasado por estas vías previas, podrá interponer adicionalmente en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 114.2 LOREG, el recurso de amparo electoral». Así, y a pesar de que en su escrito de alegaciones el Fiscal reconoce también la concurrencia de muchas dificultades interpretativas en relación con la cuestión del agotamiento de la vía administrativa electoral previa a la vía contencioso-electoral, concluye apreciando que el recurso de amparo debería ser desestimado, teniendo en cuenta que no se habrían cumplido las condiciones para entrar al fondo de la cuestión planteada. Respecto de esta última el Ministerio Fiscal afirma que la interpretación de la ley electoral formulada por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía no resulta irrazonable o arbitraria, ni manifiestamente ni en su esencia. Al contrario, afirma el Fiscal, «resulta absurdo y hasta cierto punto irrazonable propugnar, como hace la demandante, que, en un supuesto de paridad de votos absoluta entre dos únicas formaciones concurrentes, el sorteo que sea favorable a una de ellas en cuanto al primer puesto representativo determine precisamente, por mor del juego combinado de las reglas de los referidos párrafos c) y del d) (alternatividad y coeficiente decreciente) que quien gane el sorteo pierde las elecciones si los puestos a adjudicar son siete».

## II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de la presente demanda de amparo consiste en determinar si la interpretación realizada por la Junta Electoral de Zona de Motril y el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a la hora de proceder a la aplicación del art. 163.1 d) de la Ley Orgánica del régimen electoral general (LOREG) para resolver el empate entre el Partido Socialista Obrero Español de Andalucía (PSOE-A) y el Partido Popular (PP) en las elecciones municipales de Lújar, es o no respetuosa con el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos que consagra el art. 23.2 CE.

2. No obstante, antes de entrar al fondo de la alegada vulneración del art. 23.2 CE, es preciso dar respuesta a la cuestión relativa al adecuado agotamiento de la vía previa a la interposición del recurso de amparo electoral [art. 44.1. a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC], y la referida a la denuncia formal en el proceso del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubo lugar para ello puesto [art. 44.1. c) LOTC], que si tal agotamiento e invocación previa no se hubieran producido, concurriría la causa de inadmisión que recoge el art. 50.1 a) LOTC, relativa al cumplimiento de los requisitos derivados del art. 44 LOTC, y no sería posible entrar a valorar el fondo de la pretensión defendida por quien es recurrente en amparo.

Según una consolidada jurisprudencia constitucional que interpreta el art. 108.2 LOREG, en lo que hace al agotamiento de la vía administrativa previa a la interposición del recurso contencioso-electoral, este precepto, cuando prevé que «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», no ofrece a los representantes y apoderados una vía potestativa de recurso, de modo que sea a éstos a quienes cumpla decidir si acuden o no *per saltum* al contencioso-electoral (STC 169/1991, de 19 de julio). Así, se entiende que la interposición

del correspondiente recurso en vía administrativa ante la Junta Electoral de Zona o ante la Junta Electoral Central, «constituye presupuesto procesal necesario para acceder al proceso electoral, como agotamiento de la vía administrativa previa ante las Juntas Electorales citadas» (STC 169/1991, de 19 de julio).

Por tanto, las candidaturas, como es el caso ahora de la del PSOE-A en el municipio de Lújar, 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, no pueden disponer libremente o renunciar incluso al uso del sistema de reclamaciones y recursos administrativos previstos en la sección XV, del capítulo VI, de la Ley Orgánica del régimen electoral general, capítulo destinado al procedimiento electoral y sección que, no por casualidad, precede a la destinada a regular el posterior recurso contencioso-electoral. La interposición de este recurso requiere, sin duda, el agotamiento de la vía administrativa previa, constituida por las reclamaciones ante las Juntas Electorales de Zona y Central, entre otras razones, para apurar el complejo sistema de garantías que la Ley prevé; dentro del cual conviene destacar la peculiar naturaleza jurídica de la Administración electoral, cuya composición y técnicas de designación tienden a asegurar su independencia en el ejercicio de esta función de control administrativo interno previo al jurisdiccional». Es, por lo demás, patente que la jurisdicción del orden contencioso-administrativo, en la que se inserta la competencia para conocer del recurso contencioso-electoral, viene diseñada en nuestro ordenamiento en relación con disposiciones y actos de la Administración que no sean susceptibles de ulterior recurso en vía administrativa. En suma, una cosa es que quepa modular las exigencias del principio de preclusividad en materia de procedimiento electoral (art. 108.2 LOREG), evitando rigorismos excesivos que impidan la plena revisión jurisdiccional, mediante la exigencia tan sólo de la diligencia debida en cada supuesto a la hora de advertir el momento en que los actores pudieron denunciar la irregularidad, tal y como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de exponer en la STC 157/1991, y otra bien distinta es que las candidaturas que reclamen la presencia de irregularidades en el procedimiento electoral puedan disponer a su antojo del agotamiento o no de la vía administrativa previa a la contencioso-electoral (STC 168/1991, de 19 de julio, FJ 2).

En el caso que nos ocupa resulta probado, a la vista de las actuaciones, que el PSOE-A no presentó ninguna de las reclamaciones a las que se refiere el art. 108 LOREG incurriendo en falta de diligencia en el agotamiento de la vía administrativa previa al recurso contencioso-administrativo, que, sin embargo, no ha tenido en cuenta el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que ha entrado a conocer del fondo de las pretensiones de quien resulta ser ahora recurrente en amparo.

Dicho de otro modo, el interventor del Partido Socialista no hizo constar queja alguna en el acta de la sesión de la Junta Electoral de Zona, pero tampoco presentó reclamación y protesta alguna en el día siguiente al de la celebración de la sesión, sobre las incidencias recogidas en el acta de sesión de escrutinio de la Junta Electoral, acta en la que ya constaba el sorteo realizado y el resultado del desempate. Por tanto resulta complicado apreciar en este caso, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, que se hubiera observado la debida diligencia exigible a los actores del proceso electoral para denunciar en la vía administrativa las posibles irregularidades que pudieran acaecer en el procedimiento electoral (STC 156/1991, de 15 de julio, FJ 2, por todas). Por tanto, a pesar de que el órgano jurisdiccional entrase a resolver el fondo de las alegaciones realizadas por el Partido Socialista Obrero Español, a la vista de las actuaciones, es preciso concluir que no se dio un adecuado agotamiento de la vía administrativa previa a la interposición del recurso contencioso-electoral.

3. Apreciando la anterior causa de inadmisión, dada la naturaleza de la cuestión, resulta conveniente entrar al fondo del asunto que se plantea en el recurso de amparo, debido al interés que tiene clarificar la cuestión que se suscita (en sentido similar, véase la STC 115/1998, de 10 de julio, FJ 4, por ejemplo). Procede recordar que este Tribunal, basándose en una ya consolidada jurisprudencia, ha señalado que los derechos que integran el art. 23 CE son derechos de configuración legal, notablemente el derecho de

sufragio pasivo, en el que es preciso integrar, tal y como se declaraba en la STC 71/1989, de 20 de abril, «la exigencia de que las normas electorales sean cumplidas en cuanto constituyen garantía del correcto desarrollo de la elección de modo que culmine con la proclamación de los candidatos que hayan sido preferidos por el cuerpo electoral».

Partiendo de ello, la interpretación realizada por la Administración electoral, así como por el órgano que resuelve el recurso contencioso-electoral, es perfectamente respetuosa con el derecho contenido en el art. 23.2 CE, y seguramente sea también la más lógica, sin perjuicio de que la que propone como alternativa quien es recurrente en amparo pueda resultar acorde con el respeto al derecho de sufragio pasivo e igualmente razonable desde una perspectiva matemática. En todo caso, ni una interpretación ni la otra del modo de efectuar el sorteo y de gestionar el resultado del mismo contradicen el criterio de proporcionalidad, que es el que la Ley Orgánica del régimen electoral general, a quien la Constitución delega la definición del sistema electoral para las elecciones locales (art. 140 CE), establece como básico en la adjudicación de los concejales en función del número de votos obtenido por una candidatura, como ya hemos dicho que no lo contradice el criterio del mayor número de votos como solución en caso de empate (STC 76/1989, de 27 de abril). Tampoco resulta un criterio u otro más favorable a la eficacia del derecho reconocido en el art. 23.2 CE, por lo que en el ejercicio de la jurisdicción de este Tribunal, intérprete supremo de este derecho sustantivo, no puede apreciarse lesión alguna del derecho constitucionalmente reconocido. Se trata sencillamente de dos formas de interpretar el criterio subsidiario de resolución de los empates, el del azar, tradicionalmente utilizado en nuestro Derecho histórico, y que no daña el derecho fundamental de ninguna formación, sino que favorece lógicamente a una de ellas sin ocasionar discriminación ni lesión alguna del derecho fundamental.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por el Partido Socialista Obrero Español.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, 14 de julio de 2011.—Pascual Sala Sánchez.—Javier Delgado Barrio.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Adela Asua Batarrita.—Firmado y rubricado.