



Roj: **STSJ GAL 1057/2021 - ECLI:ES:TSJGAL:2021:1057**

Id Cendoj: **15030330022021100079**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **12/04/2021**

Nº de Recurso: **4136/2019**

Nº de Resolución: **186/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **MARIA AZUCENA RECIO GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2 A CORUÑA

SENTENCIA: 00186/2021

Recurso de Apelación nº 4136-2019

EN NOMBRE DEL REY

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados

D^a. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ (Presidenta)

D. JOSÉ ANTONIO PARADA LÓPEZ

D. JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES

En la ciudad de A Coruña, a 12 de abril de 2021.

En el recurso de apelación que con el nº 4136/2019 pende de resolución en esta Sala, interpuesto por D^a María del Amor Angulo Gascón, Procuradora del **COLEGIO OFICIAL DE FARMACÉUTICOS DE PONTEVEDRA**, Letrado D. Modesto Barcia Lago. Es parte apelante D^a. Rosario Castro Cabezas, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación del Consejo General de **Colegios** Oficiales de **Farmacéuticos** ("CGCOF"), Letrado D. Juan Manuel Rodríguez Cárcamo, Procuradora D^a Rosario Castro Cabezas. Contra sentencia del Juzgado de lo Contencioso- administrativo nº 1 de **Pontevedra**, dictada en autos de PO nº 149/2018, por la que se estima el recurso contencioso- administrativo interpuesto por Don Fulgencio contra el acuerdo de 28 de febrero de 2018 del Pleno del "Consejo General de **Colegios** Oficiales de **Farmacéuticos** de España". Es parte apelada D. Fulgencio, Procurador D. Luis Valdés Albillo, Letrada D^a. M^a Teresa Sestelo Alborés.

Es Ponente la Magistrada D^a MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el titular del Juzgado de lo Contencioso- administrativo nº 1 **PONTEVEDRA**, se dictó sentencia en PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000149 /2018 B, nº 66/2019, con la

siguiente parte dispositiva: "1º.- ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Fulgencio contra el acuerdo de 28 de febrero de 2018 del Pleno del Consejo General de **Colegios** Oficiales de **Farmacéuticos**, desestimatorio de los recursos formulados frente a la actuación de la mesa electoral del **Colegio** Oficial de **Farmacéuticos** de **Pontevedra** desarrollada en las elecciones a su Junta de Gobierno celebradas el 21 de enero de 2018, así como contra la proclamación como ganadora de la candidatura de D^a Evangelina .

2º.- Anular y revocar las referidas resoluciones, condenando al **Colegio** demandado a repetir las elecciones a su junta de gobierno en el plazo máximo de dos meses desde la notificación de la firmeza de esta sentencia.

3º.- Sin imposición de costas".

SEGUNDO.- Por la representación de la parte apelante se interpuso recurso de apelación contra dicha resolución judicial, en el que se solicitó que dicte nueva sentencia, por la que, con imposición de costas al recurrente Don Fulgencio, revoque y deje sin efecto la impugnada, desestimando íntegramente el recurso contencioso- administrativo de que se trata.

En el segundo de los recursos de apelación, se interesa que se revoque la Sentencia de 8 de marzo de 2019 y desestime íntegramente el recurso contencioso- administrativo interpuesto por D. Fulgencio contra la Resolución del CGCOF de 28 de febrero de 2018, sobre el proceso electoral del COFPO, confirmando la validez del proceso electoral.

TERCERO.- El recurso fue admitido a trámite y se dio traslado a las demás partes, formulando oposición la representación de la parte apelada que interesa se desestime el recurso y se confirme íntegramente la resolución judicial recurrida, por ser conforme a Derecho.

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sala, ante la que se personaron las partes; por providencia se declararon concluidas las actuaciones; y mediante providencia se señaló para votación y fallo el día 8 de abril de 2021.

QUINTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en todo aquello en lo que no discrepen de los de la presente.

SEGUNDO.- Fundamentación jurídica del recurso de apelación.

Manifiesta su disconformidad con la valoración efectuada en la sentencia recurrida sobre las irregularidades en el voto por correo y sus consecuencias. Las dos irregularidades apreciadas en la sentencia y que llevan a repetir el procedimiento electoral son:

1.- Haber permitido que terceros transportasen en mano y depositasen presencialmente en las sedes colegiales, sobres del voto por correo con base en unas instrucciones carentes de rango normativo y de aprobación oficial por el **Colegio**, vulnerando las reglas del "fair play" electoral.

2.- Que parte de esos dobles sobres ha sido transportada y entregada por cuenta de la cooperativa de **farmacéuticos** COFANO y no por el servicio postal de Correos ni por entidades de mensajería equivalentes.

Sobre la validez de las instrucciones de voto por correo, considera que los Estatutos colegiales dan potestad a la mesa electoral para dirigir y supervisar el proceso electoral. Y el **Colegio de Farmacéuticos de Pontevedra**, por indicación de la Mesa Electoral en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 53.1 de los Estatutos Colegiales, una vez proclamadas las tres candidaturas e impresas las papeletas oficiales, envió, por correo postal, el día 29 de diciembre de 2017, a todos los colegiados incluidos en el censo de electores, toda la documentación electoral, entre la que se encontraban las instrucciones de voto por correo, así como el impreso de solicitud del mismo, publicándose las instrucciones en la web colegial para general conocimiento. Los Estatutos colegiales aluden en términos amplios a "mensajería que acuse recibo", no estrictamente a empresas de mensajería. Debiendo solicitar previamente el poder utilizar el voto por correo. No se ha afectado a la libertad del voto. Las instrucciones fijan criterios en el voto no presencial. La identificación del votante aparecía en el sobre, y en su interior el voto y el DNI, en sobre cerrado. Niega la existencia de irregularidades en el voto por correo. En la sentencia no se concreta el número de votos a que se refiere. Figura en el expediente que se elaboraba un justificante de los sobres que llegaban por correo. No comparte las consideraciones de la sentencia sobre la remisión de algunos votos a través de una empresa farmacéutica, que no pagó el transporte de los sobres de voto al **Colegio** ni pudo manipular la voluntad libre del elector. Las instrucciones no fueron recurridas. Y se remite al principio de conservación de los actos electorales, de forma que el resultado electoral no habría variado aun anulando el voto por correo, por lo que debería conservarse la parte no afectada.

En el segundo recurso de apelación se añade que no se ha valorado sobre las sentencias citadas. El principio de igualdad en el proceso electoral no fue vulnerado y las instrucciones de voto por correo fueron recibidas por todos por igual. COFANO no organizó ni pagó el transporte sino que son los **farmacéuticos** que quisieron los que lo usaron. Que dos gerentes de COFANO figurasen en las candidaturas de los otros dos candidatos, no demuestra ninguna irregularidad. Y los votos presenciales son válidos, por lo que entiende que han de ser

conservados, porque eliminando los votos por correo, el resultado electoral sería el mismo; habiendo sido respetada la voluntad electoral.

TERCERO.- Argumentación de la parte apelada.

Refiere que el hecho básico viene constituido por haber admitido la presentación de los votos por correo en las sedes colegiales por terceros distintos del elector, hecho incontrovertido y admitido por todas las partes.

Refiere que las Instrucciones del voto por correo, folios 21.170 y 21.171 del expediente administrativo, no tienen autor conocido. Y figura la comunicación del voto por correo enviada a los electores, no por la mesa electoral sino por la Secretaría Técnica del **Colegio**, en forma de aclaración a la forma de emitir dicho voto. Y que deriva de los documentos 18 y 24, que las fotocopias de los votos por correo son solo 311 sobres del total de los 596 votos por correo depositados en las sedes colegiales, y la fecha de las fotocopias no está estampada en el sobre original; figurando solo 279 recibís extendidos por el personal del **Colegio**, que no responden a un único patrón y no se hizo constar quién hizo la entrega sino solo de quién era el voto. Y que de los 311 votos recibidos por mensajería, 98 habían sido entregados por Correos; 104 por COFANO (documento 24.4); y los 109 restantes no consta quién los entregó. No habiéndose dado tampoco registro de entrada a los sobres por correo presenciales depositados en las sedes colegiales más que en cinco casos.

COFANO no tiene un servicio de transporte propio, sino que realiza las entregas en **Pontevedra** por medio de DALOT y CHIERRONI, a las que paga, figurando en las furgonetas la identificación de dichas empresas y de COFANO -aporta fotografía-. Ninguna es empresa de mensajería ni constan en el Registro de entidades prestadoras de servicios postales, como resulta preceptivo; por lo que no están habilitadas para realizar envíos postales. Añade la falta de neutralidad de COFANO porque sus gerentes concurrieron a las elecciones en las dos candidaturas distintas de la del recurrente -dos de las tres presentadas-.

Se remite a lo dispuesto en el artículo 36 de la CE, artículo 21 de la Ley 11/201, de 18 de septiembre, de **Colegios** Profesionales de la Comunidad Autónoma de Galicia, artículos 46 y 53 de los Estatutos colegiales, y artículos 72 y ss de la LOREG; de donde resulta que el voto por correo solo lo puede y debe ejercer, de manera personal, directa y libre el propio votante. Y en garantía de ello los propios Estatutos han establecido como única posibilidad de voto por correo el "correo certificado o mensajería que acuse recibo", en cuanto entidades neutrales sin el menor interés en el proceso. Cuando en el proceso electoral impugnado se ha admitido la posibilidad de transporte del voto por correo a través de terceros distintos de correos o empresas de mensajerías, práctica que vulnera las reglas del "fair play" electoral, porque tal práctica puede posibilitar prácticas coactivas o restrictivas de la libertad de voto. Siendo COFANO, interesada en el resultado del proceso electoral, y habiéndosele permitido que entregue también numerosos votos por correo en las sedes colegiales. Y afirma la relevancia de los votos por correos cuya nulidad se denuncia en el proceso electoral impugnado, toda vez que fueron los mayoritariamente emitidos: de un total de 770 votos admitidos como válidos, 492 fueron votos por correo (y verdaderamente emitidos 596), frente a los 265 votos presenciales.

CUARTO.- Examen del fondo del recurso.

Ha de comenzarse precisando que sí que se trata de auténticos recursos de apelación, puesto que se efectúa a través de los mismos una crítica de la sentencia.

Con relación a las instrucciones, del examen de las actuaciones, y es reconocido por las partes, resulta que fueron remitidas a los colegiados que pidieron el voto por correo. Pero también es cierto que no consta cómo fueron aprobadas -se dice por el **Colegio** General de **Colegios** Oficiales de **Farmacéuticos** que fueron aprobadas que por la mesa electoral-, ni el procedimiento seguido ni, por consecuencia, que hubieran podido ser impugnadas. No se puede deducir que tengan carácter normativo. Y figura en el documento 10.6 del expediente administrativo que tras la correspondiente solicitud de voto por correo, el **colegio** enviará al colegiado por correo certificado con acuse de recibo a la dirección indicada por el colegiado en su solicitud la siguiente documentación: sobre oficial de las elecciones; papeleta de cada una de las tres candidaturas; e instrucciones para realizar el voto por correo. Pero de lo que se trata es de determinar si con esta forma de emisión del voto por correo, se produjo una ausencia de transparencia.

Conforme se indica en el certificado de la Subdirección general del régimen postal, las empresas COFANO, DIALOT Y CHIARRONI HIJOS no constan inscritas en el registro general de empresas prestadoras del servicio postal. Se remite a la definición que contiene el artículo 3.2 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, que define el envío postal como todo objeto destinado a ser expedido a la dirección indicada por el remitente sobre el objeto mismo o sobre su envoltorio, una vez presentado en la forma definitiva en la cual debe ser recogido, transportado y entregado. Pudiendo cualquier persona física o jurídica prestar el servicio postal siempre que cumpla con los requisitos exigidos por la Ley 43/2010 y normativa de desarrollo. El servicio postal universal solo puede prestarlo Correos.

El no universal requiere de previa comunicación e inscripción en el Registro de empresas prestadoras de servicios postales.

Las empresas utilizadas no constan inscritas. Y no se puede considerar transparente ni conforme a las normas que rigen las garantías del proceso electoral, que se utilice una empresa, que no cumple los requisitos legales para prestar este tipo de servicio, y cuyos gerentes se presentan a las elecciones.

Con relación a las sentencias que cita la parte apelante, dado que considera que no se ha dado respuesta en la sentencia apelada a las mismas; no dejan de ser sentencias que resuelven casos puntuales, ofreciendo una solución distinta a la que se ha acogido en primera instancia, y que no crean jurisprudencia, habiendo de atenderse a cada caso particular.

En todo caso, de lo que se trata es de que el voto haya sido emitido de forma libre y personal y que haya existido transparencia, habiendo llegado al **Colegio** con respeto a las garantías que se satisfacen utilizando los medios legales adecuados para ello, porque de lo contrario lo que ha de entenderse es que se han vulnerado dichas garantías del proceso electoral, puesto que la empresa utilizada no es una empresa de mensajería oficial sino al servicio de una empresa cuyos gerentes son candidatos, habiendo organizado el servicio, y ello aunque no se haya dirigido prueba a acreditar que se hubieran manipulado los votos, puesto que ello no es lo que se trata de verificar dentro del presente proceso y en este orden jurisdiccional.

Los servicios prestados por las empresas de mensajería, consistentes en la recogida, la admisión, la clasificación, el transporte, la distribución y la entrega de envíos postales, están sometidos a la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, de Servicio Postal Universal, conforme a la cual la habilitación como prestador de servicios postales requiere la formalización de una declaración responsable ante la Subdirección General del Régimen Postal del Ministerio de Fomento; la inscripción como tal en el Registro General de empresas prestadoras de servicios postales; el pago de la tasa correspondiente, y su renovación anual. De manera que cualquier persona física o jurídica puede prestar servicios postales siempre que cumpla los requisitos establecidos en la ley 43/2010 y en su normativa de desarrollo y pudiendo tratarse de servicios incluidos en el ámbito del servicio postal universal; servicios no incluidos en el ámbito del servicio postal universal -en este caso ha de cumplimentarse el Modelo de Declaración Responsable y remitirlo a la Subdirección General de Régimen Postal del Ministerio de Fomento para su inscripción en la Sección A del Registro General de empresas prestadoras de servicios postales, previo pago de la tasa por inscripción en el Registro General de empresas prestadoras de servicios postales, establecida en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Mientras que en el caso de la prestación de servicios postales incluidos en el ámbito del servicio postal universal, los interesados deben obtener la Autorización Administrativa Singular y estar inscritos en la sección B del Registro General de empresas prestadoras de servicios postales, para lo cual han de abonar la tasa por inscripción en el Registro General de empresas prestadoras de servicios postales, establecida en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. En ambos casos, la inscripción en el Registro general de empresas prestadoras de servicios postales es condición imprescindible para realizar actividades postales, así como la preceptiva renovación anual de la inscripción, tal como prescribe el artículo 39 de la Ley 43/2010. Y ni COFANO, ni DALOT ni CHIERRONI constan inscritas en el Registro de entidades prestadoras de servicios postales, como resulta preceptivo.

Conforme dispone el artículo 36 de la CE, *"la estructura interna y el funcionamiento de los **colegios** deberán ser democráticos"*. Y el artículo 21 de la Ley 11/2001, de 18 de septiembre, de **Colegios** Profesionales de la Comunidad Autónoma de Galicia: *"3. La elección de los miembros del órgano de gobierno de los **colegios** profesionales se hará por sufragio universal, libre, directo y secreto. El voto podrá ejercitarse personalmente o por correo. 4. Las normas sobre elección de los miembros del órgano de gobierno (...) se determinarán en los respectivos Estatutos, sin perjuicio de la legislación básica del Estado y de la presente Ley>>".*

Y en los Estatutos del **Colegio** Oficial de **Farmacéuticos** de **Pontevedra**, aprobados por Orden de la Xunta de Galicia de 28 de agosto de 2013 (DOG 10/09/2013), artículo 46, sobre la elección de la Junta de Gobierno: *"La elección de los cargos de la Junta de Gobierno se hará mediante votación libre, directa y secreta de todos los **farmacéuticos** colegiados que sean persona física según el proceso electoral que se regula en los presentes estatutos. La duración del período de mandato de la Junta de Gobierno es de cuatro años desde el día de su toma de posesión, debiendo realizarse la renovación de la totalidad de los cargos de la Junta de Gobierno cada cuatro años, para lo que se convocarán elecciones con anterioridad a la fecha de finalización del período de mandato. El sistema de elección será a través de votación de listas cerradas con candidaturas completas a la Junta de Gobierno del **Colegio** de **Farmacéuticos** de **Pontevedra**, que incluyan los cargos de presidente, secretario, tesorero, vicepresidente, vicesecretario, vicetesorero y vocales de sección, de acuerdo con lo dispuesto en estos estatutos."*

...".

Y en su artículo 53, sobre el procedimiento de votación: "1. Solo se podrán utilizar los sobres y las papeletas oficialmente editados por el **Colegio de Farmacéuticos de Pontevedra**, que las remitirá a los votantes por orden de la mesa electoral. 2. La votación se hará en acto público, en el ámbito corporativo, y la mesa electoral estará constituida en el día y hora que se fije en la convocatoria. 3. Cada candidatura podrá nombrar a un interventor de su libre elección entre los colegiados. 4. Los electores podrán:

a) Acudir personalmente a realizar la votación, en cuyo caso estarán obligados a acreditar ante la mesa electoral su identidad. Tras comprobar la mesa su inclusión en el censo, el presidente introducirá la papeleta con su sobre en una urna.

b) Emitir el voto por correo, que deberán solicitar a la mesa electoral con una antelación mínima de diez (10) días naturales a las elecciones. El secretario de la mesa electoral tomará nota en el censo de la solicitud y enviará al colegiado la documentación pertinente para la votación por correo. El voto por correo se efectuará en sobre cerrado remitido por correo certificado o mensajería que acuse recibo, y dirigido al presidente de la mesa electoral, en el domicilio del **Colegio**, con la firma del **farmacéutico** colegiado remitente en la solapa del sobre, donde figurará, asimismo de forma legible, el nombre, apellidos, domicilio y número de colegiado.

Dentro del sobre se introducirá una fotocopia del DNI y el sobre cerrado que contenga la papeleta de la candidatura elegida. Presentada o recibida en plazo la solicitud de voto por correo, éste será válido siempre que se reciba en la mesa electoral antes de la celebración del escrutinio. El voto por correo quedará anulado si el colegiado se presenta a votar el día de las elecciones".

Se deduce la infracción de la normativa expuesta de las circunstancias antes referidas, habida cuenta de que las referidas instrucciones introducen la posibilidad de que ese voto por correo sea a través de correo postal certificado, mensajería que acuse recibo o presencialmente en las sedes del **colegio**; pero las empresas utilizadas para prestar ese servicio, ni cumplen con las exigencias normativas, ni se puede considerar que garanticen la suficiente transparencia del proceso electoral cuando además de no ser empresas de mensajería legalmente consideradas, prestan sus servicios para una empresa cuyos gerentes tienen interés en el referido proceso.

Así, ha de compartirse con la sentencia apelada la procedencia de la anulación del proceso electoral atendida la circunstancia de que de la normativa antes expuesta resulta que el voto por correo solo lo puede hacer efectivo de manera personal, directa y libre, el propio votante, para lo cual en los Estatutos colegiales se contiene la previsión de acudir al correo certificado o mensajería que acuse recibo. Y estas exigencias no fueron respetadas atendido que las empresas utilizadas a tal fin, no cumplen los requisitos legales precisos para poder desempeñar esta función, a lo que ha de añadirse, tal y como se indica en la sentencia apelada, que no se trata de una entidad neutral sin interés en el resultado, sin entrar en consideraciones sobre que efectivamente ello se haya producido, sino simplemente poniendo de manifiesto que la transparencia exigible no se ha respetado, acudiendo a una entidad neutral que además cumpla con los requisitos legales para poder prestar este tipo de servicio. Cuando además este era el criterio inicial, que fue posteriormente alterado a través de las ya referidas instrucciones, respecto de las cuales no se discute que fueran remitidas a los electores, ni que no se impugnaran -si bien no consta mecanismo para su impugnación-. Por ello no puede aceptarse la posibilidad de que terceros no habilitados legalmente pudieran transportar y depositar en las sedes colegiales los votos por correo y de ello se deduce la vulneración de la libertad de voto y las irregularidades en el voto por correo.

Respecto de la pretensión de que se consideren válidos los votos presenciales y sean conservados; de las cifras ofrecidas por la parte demandante-apelada no se evidencia que el resultado electoral debiera ser necesariamente el mismo, y atendida la cifra del voto por correo, y que la voluntad electoral ha de ser respetada, se considera más prudente la confirmación de la procedencia de la anulación, atendida la importancia de que se realice una votación respetando todas las garantías.

A ello ha de añadirse que tal y como se indica en el acuerdo impugnado, a las referidas elecciones concurrieron tres candidatos: D^a Evangelina obtuvo un total de 397 votos (148 presenciales y 249 por correo); D. Fulgencio 225 votos (70 presenciales y 155 por correo); y D. Severiano 135 votos (47 presenciales y 88 por correo). Por consecuencia, son 265 presenciales y 492 por correo. De forma que dada la importancia numérica de los votos emitidos por este sistema -en la sentencia apelada se indica que son la mayor parte de los votos válidos admitidos en el sufragio electoral-, de donde se deduce su carácter determinante en el resultado de las elecciones; es lo que lleva a considerar que procede la anulación de los resultados y de la proclamación efectuada, atendida la trascendencia no solo cuantitativa sino cualitativa de la infracción detectada, por lo que ha de ser repetido el procedimiento electoral con respeto a la ley y desestimados los recursos de apelación interpuestos.

**QUINTO.- Costas procesales.**

Procede hacer imposición de las costas del recurso de apelación a quien lo interpuso al ser desestimado (artículo 139 de la LJCA), por el importe total de 1.000 euros por todos los conceptos, para cada uno de los apelantes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1) Desestimar los recursos de apelación respectivamente interpuestos por D.^a María del Amor Angulo Gascón, Procuradora del **Colegio** Oficial de **Farmacéuticos** de **Pontevedra**; y por D.^a. Rosario Castro Cabezas, en nombre y representación del Consejo General de **Colegios** Oficiales de **Farmacéuticos** ("CGCOF"); contra sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de **Pontevedra**, dictada en autos de PO nº 149/2018.

2) Hacer imposición del pago de las costas procesales a la parte apelante dentro del límite establecido en la fundamentación jurídica de la presente resolución.

Contra esta sentencia cabe interponer, bien ante el Tribunal Supremo, bien ante la correspondiente Sección de esta Sala, el recurso de casación previsto en el artículo 86 de la Ley jurisdiccional, que habrá de prepararse mediante escrito a presentar en esta Sala en el plazo de treinta días y cumpliendo los requisitos indicados en el artículo 89.2 de dicha ley.

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, junto con certificación y comunicación, una vez firme esta sentencia.

Así se acuerda y firma.