

D. DERECHO ADMINISTRATIVO	IMPUGNACIÓN DE LA ELECCIÓN DE ALCALDE EN VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA ORDINARIA. RENUNCIA. PACTO DE GOBERNABILIDAD. CABEZA DE LISTA DE GRUPO MIXTO	Núm. 147/2002
---------------------------	--	---------------

Javier Fernández-Corredor Sánchez-Diezma

Letrado del Tribunal Supremo

• **ENUNCIADO:**

Celebradas elecciones locales en el municipio de X, se celebra sesión plenaria para elección del Alcalde el día dos de enero.

Con carácter previo a esta sesión, el candidato que encabeza la lista de uno de los partidos políticos que se presentaron a las elecciones y que, por tanto, se iba a someter a debate su nombramiento en aquella sesión, se reunió, en diversas ocasiones con uno de los concejales pertenecientes a otro partido político, ofreciéndole la seguridad de que si votaba a su favor y resultaba elegido como presidente de la Corporación Local ocuparía uno de los cargos políticos en aquélla, amén de garantizarle, tan pronto tomara posesión de su cargo, la creación de diversas comisiones en el Ayuntamiento, así como tomar medidas inmediatas respecto a los colectivos más necesitados de la localidad. Todas estas promesas, a la postre resultaron engañosas, pero determinaron que aquel concejal votara a favor de su investidura. Siendo elegido Alcalde en la sesión a que el principio hacíamos referencia.

Como transcurriera el tiempo sin que adoptara ninguna de las medidas prometidas, el concejal consideró que había sido objeto de engaño y maquinación fraudulenta con el único propósito de captar su voto por lo que el día 6 de junio, a través de un abogado y representado por un procurador de los Tribunales, presenta recurso contencioso-administrativo ordinario ante el órgano jurisdiccional competente.

Por otra parte, días antes de la sesión plenaria, se concertó un pacto de gobernabilidad entre las dos fuerzas políticas concurrentes a las elecciones, una de las cuales estaba encabezada por el concejal que resultó elegido Alcalde, que incluía la promesa de designar para determinados cargos municipales a miembros del otro grupo político. Como consecuencia de ello, todos los miembros de ese grupo votaron a favor de la elección de aquél.

En días próximos al de la elección, el Alcalde dictó diversos decretos municipales nombrando a varios cargos municipales, todos ellos pertenecientes a su propio grupo político y no al otro como se había determinado en el referido pacto de gobernabilidad. Este grupo decide, entonces, recurrir la elección de aquél así como esos decretos de nombramientos, basado en la invalidez de aquéllos, así como en que tenían derecho a ser nombrados para los cargos como en infracción de las normas sobre seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad del artículo 103 de la Constitución.

Resueltas todas las cuestiones anteriores y, debido a problemas de índole personal, el Alcalde presenta su renuncia al cargo, en primer lugar, el cual se hace efectivo, y, luego, a su condi-

ción de concejal, presentando escrito para ello dirigido al Pleno en el Registro de la Corporación municipal. Al día siguiente y, antes de que el asunto llegara al Pleno, presenta nuevo escrito revocando el anterior por el que renunciaba a su condición de concejal.

El grupo opositor considera que este segundo escrito carece de validez y de eficacia porque la renuncia fue efectiva y automática desde el momento en que presentó el primer escrito en el Registro del Ayuntamiento.

Finalmente, acaba renunciando al cargo. Por ello, se celebra nueva sesión plenaria extraordinaria para la elección del nuevo Alcalde.

El Ayuntamiento adoptó un acuerdo por el que reconoció la condición de cabeza de lista del llamado «grupo mixto» a un concejal que había comparecido en las elecciones como cabeza de lista en la candidatura de un partido político que, posteriormente, había abandonado por propia voluntad pasando a integrarse en el grupo mixto.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. ¿Está legitimado el concejal para recurrir la elección del Alcalde toda vez que había votado a favor de dicha elección?
2. ¿Está presentado en plazo el citado recurso o, por el contrario es extemporáneo?
3. ¿Resulta conforme a derecho que, en ambos casos, se haya interpuesto el recurso contencioso-administrativo ordinario y no el recurso contencioso-electoral cuando lo que ambos pretendían es que se anulara la elección del Alcalde?
4. ¿Tiene razón el grupo político de la oposición en el motivo alegado en su recurso referente a que se había incumplido el pacto de gobernabilidad firmado días antes de la elección? ¿Y el concejal recurrente?
5. ¿Resultan ajustados a derecho los decretos del Alcalde procediendo a la elección de diversos cargos municipales?
6. ¿Tiene razón el grupo de la oposición cuando afirma que el Concejal había renunciado a su cargo con el primer escrito y, por tanto, carecía de validez y eficacia el segundo?
7. ¿Resulta ajustado a derecho el acuerdo del Ayuntamiento que reconoció la condición de cabeza de lista del grupo mixto a un concejal que había comparecido en las elecciones como cabeza de lista de un partido político que, con posterioridad, abandonó por su propia voluntad para integrarse en el grupo mixto?

• **SOLUCIÓN:**

1. Respecto a si está legitimado el concejal que se sintió estafado por el que, luego, resultó elegido Alcalde, para recurrir dicha elección pese a haber votado a favor de aquella, la respuesta ha de ser positiva.

Es cierto que el artículo 63.1 b) de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), de 2 de abril de 1985 excluye de la condición de legitimados para impugnar actos y resoluciones del Pleno a aquellos miembros de las mismas que hubiesen votado a favor del acuerdo, exigiendo haber votado en contra de los mismos, pero como afirma la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (TS) de 29 de mayo de 2002, no cabe olvidar que la causa en que pretende basarse el con-

cejal para anular el nombramiento del Alcalde a favor de quien emitió su voto en la sesión de constitución del Ayuntamiento es, precisamente, la del engaño o maquinación dolosa y fraudulenta supuestamente empleada para captar dicho voto por parte del Alcalde que resultó elegido.

No se trata, por tanto, de un inadmisibles cambio de criterio en cuanto a la aprobación o desaprobarción de una resolución acordada por la corporación de que forma parte y a favor de la cual se hubiese votado, sino de la petición de anulación de dicha resolución por haber sido inducido a engaño en cuanto al sentido del voto emitido.

Ello no supone el *venire contra actum proprium*, sino el ejercicio correcto de una pretensión partiendo de la posición que legitima, precisamente, el artículo 115.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992, desde el momento en que no puede sostenerse con razón que el supuesto vicio invalidante del acto combatido haya sido ocasionado por la conducta del concejal recurrente: es la dolosa captación de su voluntad para votar en un sentido determinado lo que se alega como justificación de la pretensión.

2. En cuanto a si está en plazo el recurso planteado parece que la respuesta ha de ser negativa.

El hecho de que el citado artículo 63.1 b) de la LBRL exija al concejal haber votado en contra del acuerdo para poder recurrirlo, aunque en este caso ya hemos analizado la razón de que esto no sea exigible, es lo cierto que, en cuanto al plazo para recurrir, y es exigible en todos los supuestos, se deduce lo siguiente:

a) Que es innecesaria la notificación a los concejales, pues siendo coautores del acto impugnado, necesariamente tuvieron conocimiento de él desde la fecha misma en que fue adoptado.

b) Que el cómputo del correspondiente plazo, en el caso de impugnación por los propios concejales, debe iniciarse, como regla general desde el día en que se celebró la sesión del acto impugnado, lo que no es obstáculo, sin embargo, a que con carácter excepcional se compute este plazo de manera diferente cuando consten hechos que, en relación a una fecha distinta a la celebración de la sesión hayan generado la confianza en que sería esta otra fecha la que se consideraría relevante a estos efectos.

En el presente caso la sesión constitutiva se celebra el día 2 de enero y el recurso se presenta el día 6 de junio, por tanto rebasado, con exceso, el plazo de dos meses que había para recurrirlo.

Por otra parte, podría entenderse que había que esperar un plazo razonable para iniciarse el cómputo, habida cuenta que, elegido Alcalde, debería adoptar las medidas prometidas. Puede resultar ajustado a derecho este razonamiento, porque hasta que el concejal no tuviera certeza de que no iba a llevar a cabo lo que había prometido carecía de causa para recurrir, pero la realidad es que:

a) Han transcurrido más de cinco meses entre la elección y el recurso.

b) En la promesa se hace constar que tomará las medidas «nada más tomar posesión de su cargo».

c) Se afirma en el relato de hechos que «en días próximos al de la elección, dictó los Decretos nombrando cargos municipales».

Todo ello pone de manifiesto que el concejal recurrente tuvo conocimiento del incumplimiento de las promesas del Alcalde, fundamento de su recurso, días próximos al 2 de enero en que se celebró la sesión constitutiva. Por tanto, ha pasado en exceso el plazo de dos meses para interponer el

correspondiente recurso, cuyo cómputo se inició cuando tuvo constancia del incumplimiento de lo que se le había prometido si votaba a favor de su elección.

3. Con respecto a si resulta procedente el camino procesal escogido, consistente en el recurso contencioso-administrativo ordinario, en lugar del recurso contencioso electoral, la respuesta ha de ser positiva.

Tanto el Tribunal Constitucional (TC) como el TS han tenido ocasiones sobradas de pronunciarse sobre el carácter exclusivo del procedimiento regulado en los artículos 109, 112 y concordantes de la Ley Orgánica General Electoral de 1985 para resolver los resultados electorales que, en virtud del principio de especialidad, impide y desplaza la posibilidad de acudir a cualquier otro en su sustitución (SSTS de 23 de octubre de 1995, 25 de mayo de 1996 y 9 de junio de 2000).

Es importante a estos efectos la de 28 de febrero de 2001, en la cual se rechazó, precisamente, una pretensión del PSOE formulada a través de la vía de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, pero en la que en realidad se trataba de impugnar la proclamación de candidatos electos al Congreso efectuada por la Junta Electoral Central el día 20 de marzo de 2000, e igualmente de proclamar, tras la corrección oportuna, a determinado miembro de una candidatura de dicho partido como diputado electo por Asturias.

A estos acuerdos se viene a asimilar el que se refiere a la elección y proclamación de presidente de las Corporaciones Locales aunque con las especialidades dimanantes de que la elección de éstos se efectúa en un segundo momento, posterior al de la proclamación de los resultados electorales y mediante votación de los miembros de dichas Corporaciones una vez constituidas (art. 196 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General), por lo que su impugnación no exige la previa reclamación a que se refiere el artículo 108.2, ya que en nada se relacionan las posibles incidencias ocurridas a través del procedimiento de previa elección de los ahora votantes con la proclamación efectuada en la sesión constituyente. Pese a ello, el mandato explícito del legislador impone la aplicación del procedimiento contencioso electoral, como culminación del proceso desencadenado para la proclamación de los candidatos electos, a la designación de los Presidentes de las Corporaciones Locales.

Como afirma la Sentencia del TS de 28 de febrero de 2001 supondría un fraude procesal el habilitar un nuevo período de impugnación de unos resultados electorales cuya definición ha de verificarse en un plazo perentorio, suponiendo que se mantenga la incertidumbre acerca de los mismos a lo largo de un considerable espacio de tiempo.

Sin embargo, hay un aspecto que debe ser resaltado en el presente caso. La impugnación del nombramiento del Alcalde no se basa en infracción alguna del procedimiento electoral a seguir, sino en la maquinación dolosa urdida para determinar el sentido de la votación, en el caso del concejal, y en la ruptura de un pacto de gobernabilidad realizado días antes al de la elección; lo que constituye, con independencia o no de que tengan razón, infracciones de la legalidad ordinaria. Por ello, no habría acudirse al procedimiento contencioso electoral para solicitar la anulación del nombramiento, sino al ordinario regulado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998.

El procedimiento del artículo 112 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General no es el único remedio procesal idóneo para combatir las infracciones de la normativa en ella contenida. Prescindiendo de lo preceptuado en relación a las resoluciones de la Oficina del Censo Electoral (art. 40) que ha de ventilarse ante un Juez Civil, es doctrina consolidada (SSTC de 10 de octubre de 1989 y 7 de julio de 1993, entre otras) que el procedimiento contencioso electoral, propiamente dicho, no tiene por obje-

to la subsanación de cualquier ilegalidad detectada a lo largo del procedimiento, ni aun las de carácter estrictamente electoral, puesto que dicho procedimiento especial está concebido únicamente para reparar lesiones de derechos fundamentales cometidas en el proceso de proclamación de candidatos.

El carácter sumario y especial del contencioso electoral del artículo 112, con un plazo perentorio de tres días, está previsto para las infracciones de la legislación electoral, pero cuando el o los recursos se fundamentan en infracción de la legalidad ordinaria, en vulneraciones de otros campos de la normativa jurídica que hayan podido influir decisivamente en el resultado electoral obtenido, cuyas causas se exteriorizan con posterioridad a esos tres días, como es el caso que nos ocupa, exigen admitir la vía del contencioso ordinario para su impugnación, pues lo contrario sería privar de toda posibilidad procesal de impugnar el resultado de un acto jurídicamente nulo, con el quebrantamiento del principio de tutela judicial y de la prohibición de indefensión que lleva consigo.

4. En relación a si tiene razón en su recurso el grupo político fundamentado en la ruptura de un pacto de gobernabilidad celebrado días antes con el grupo o partido a que pertenecía el Alcalde, y a si tiene razón el concejal en su argumento de fondo, la respuesta, en ambos casos, debe ser negativa.

Como señala la Sentencia del TS de 29 de mayo de 2002, el acuerdo sobre el pacto de gobernabilidad del Ayuntamiento ha de inscribirse en el contexto de un convenio de naturaleza esencialmente política, cuyos avatares no solamente han de depender de la honorabilidad de quienes lo conciertan sino de las vicisitudes y conveniencias políticas sobrevenidas, sin que comporten la existencia de un contrato exigible por vía jurisprudencial. Su misma naturaleza y el evidente conocimiento de dichas vicisitudes y conveniencias por parte de quienes en ello intervienen, excluyen *per se* la existencia de una auténtica maniobra de captación susceptible de ocasionar engaño jurídicamente relevante en el sentido que proclama el artículo 1.269 del Código Civil, indudablemente referido a los contratos cuyo objeto viene constituido por las cosas y servicios a que se refieren los artículos 1.271 a 1.273 del mismo cuerpo legal.

El lógico desencanto ocasionado por el incumplimiento de lo convenido respecto a la adjudicación de puestos del gobierno local no puede equipararse a un incumplimiento contractual jurídicamente relevante y sancionable.

Los pactos políticos o las promesas electorales no engendran la existencia de derechos y obligaciones jurídicamente exigibles en caso de incumplimiento. Sostener lo contrario sería habilitar un medio procesal que podría llegar incluso a impugnar la validez de las elecciones caso de incumplimiento total o parcial del correspondiente programa electoral, cuando la corrección de dichos incumplimientos ha de encontrar su cauce adecuado a través del rechazo manifestado por la participación ciudadana en ulteriores comicios (sentencia señalada). O bien, a través de los medios de control político (moción de censura o cuestión de confianza) que el pleno puede ejercer sobre el Alcalde.

Creemos que igual suerte debe conllevar el recurso interpuesto por el concejal. Lo único que, objetivamente, está exteriorizado y queda acreditado es el incumplimiento de unas promesas realizadas por el Alcalde, respecto a si esas promesas constituyeron maquinación fraudulenta para captar su voto, entendemos que ha de ser otra jurisdicción, en concreto la penal, la que debe determinarlo; y sobre la base de lo que allí se establezca, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa actuará en consecuencia. Supeditar la validez de una elección a las promesas que individual colectivamente pueda realizar uno de los candidatos supone traer al campo de lo jurídico lo político con la inseguridad que ello acarrearía. Imaginemos que las promesas se incumplen porque, desde el punto de vista del interés general, cambian las circunstancias, ¿serían, también, jurídicamente exigibles?

En conclusión, es a otra Jurisdicción a quien le compete determinar la posible existencia de fraude, engaño o, incluso coacciones, y sobre esa determinación la Jurisdicción Contencioso-Administrativa obraría en consecuencia. Sin la previa resolución judicial de esa Jurisdicción, y salvo manifiesta y notoria prueba del engaño para la captación del voto, no resulta procedente que la Contencioso-Administrativa entre en el arenoso terreno de fiscalización de lo político.

5. Respecto a la legalidad o no de los decretos del Alcalde nombrando a diversos cargos municipales, en relación exclusivamente a la validez de su elección, porque otros aspectos los desconocemos, hemos de señalar que, lógicamente y en razón a lo ya apuntado, los mismos son ajustados a derecho.

Desde el momento en que no puede mantenerse jurídicamente la nulidad de la elección del Alcalde decae la posibilidad de impugnar válidamente los nombramientos efectuados por el mismo al amparo del artículo 21 de la LBRL. No existe un derecho de los concejales de la fuerza política opositora a ser investidos de cargos públicos que reclaman, salvo que pudiesen fundarse en una violación de los artículos 23 y 103 de la Constitución. Y desde luego el libre ejercicio de la facultad conferida en el artículo 21 no supone el cercenar la legítima posibilidad de los mismos a acceder a cargos públicos, que aparece configurada como un derecho constitucional genérico y no como una específica facultad con relación a un cargo determinado en una entidad local concreta.

Por otra parte, carece de sustento el pretender alegar la infracción de las normas sobre seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de arbitrariedad del artículo 103 de la Constitución. Para ello sería preciso que la facultad de designación del Alcalde estuviese constreñida de algún modo, bien por la existencia de un acuerdo en contrario válido y obligatorio, que no es el caso, bien porque fuese posible sostener que el pluralismo político que debe reinar en los Ayuntamientos democráticos impone, de por sí, una indudable restricción de esa facultad, conferida por el artículo 21 de la LBRL.

En resumen, no aparece acreditado ese evidente desajuste entre el legítimo uso de la potestad discrecional y los intereses públicos que debe perseguirse con su ejercicio y que justificaría la arbitrariedad defendida. Ni tampoco conceptos tan genéricos como el reconocimiento de la participación política puede suponer limitación para la libre designación de los miembros del equipo gobernante, o delegación autorizada de determinadas atribuciones, que se confiere a los Alcaldes.

6. Respecto a la renuncia efectuada por el Alcalde, debemos señalar que el que mantiene el grupo político opositor, no resulta ajustado a derecho.

La renuncia a la condición de concejal es automática y efectiva desde el momento en que la misma es llevada al Pleno de la Corporación no cuando se presenta en el Registro de la Entidad.

Por tanto, en este caso, el segundo de los escritos presentados revocando el anterior en el que renunciaba a su condición de concejal, es plenamente válido porque la cuestión todavía no se había llevado al Pleno, que debe tomar conocimiento del mismo.

7. Finalmente, por lo que se refiere al ajuste a derecho del acuerdo del Ayuntamiento por el que se reconoció la condición de cabeza de lista del grupo mixto a un concejal que había comparecido en las elecciones como cabeza de lista de un partido que luego abandonó voluntariamente para incorporarse al grupo mixto, la cuestión ha sido analizada por la Sentencia del TC 31/1993, de 26 de enero, afirmando lo siguiente:

«La exigencia legal del requisito de que los concejales que sean candidatos a Alcalde encabecen sus correspondientes listas electorales es clara y supone una opción legislativa a favor de quienes concurren y ostentan la condición de cabeza de lista en perjuicio de los demás concejales que no pueden concurrir por esta vía a la elección de Alcalde. Frente a ello no puede aducirse la virtual existencia de una voluntad mayoritaria de los concejales electores a favor de que el Alcalde fuera un concejal que no reuniera la condición de cabeza de lista. Esa voluntad ha de ser ejercida en el marco legal procedente ... De la jurisprudencia de este Tribunal no cabe extraer la existencia de un "plus" de representatividad de los cabezas de lista que les permita ser candidatos a la Alcaldía durante toda la vigencia de su mandato con independencia de que hayan abandonado el grupo político de cuya lista fueron cabecera ... Esa condición de cabecera ha de conectarse a una determinada lista de candidatos en un determinado proceso electoral abierto ... (de lo que se deduce) ... para el presente caso que el llamado grupo mixto, no integraba con toda evidencia ninguno de los supuestos previstos en el art. 44 de la LOREG ... Por ello no resulta conforme a la LOREG la proclamación como candidatos de dos personas procedentes de la misma lista electoral ...»

En este mismo sentido, aunque con más matizaciones se pronuncia la Sentencia posterior 185/1993, de 31 de mayo.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Constitución Española, arts. 23 y 103.**
- **Ley 7/1985 (LBRL), arts. 21 y 63.1 b).**
- **Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), art. 115.2.**
- **Ley Orgánica 5/1985 (Régimen General Electoral), arts. 40, 108.2, 109, 112 y 196.**
- **Código Civil, arts. 1.269 a 1.283.**
- **SSTC de 10 de octubre de 1989, 26 de enero de 1993, 31 de mayo de 1993 y 7 de julio de 1993.**
- **SSTS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de octubre de 1995, 25 de mayo de 1996, 9 de junio de 2000, 28 de febrero de 2001 y 29 de mayo de 2002.**