

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6655 *Sala Primera. Sentencia 125/2013, de 23 de mayo de 2013. Recurso de amparo electoral 2823-2013. Promovido por Foro Asturias Ciudadanos y otras cuatro personas en relación con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestimatoria del recurso contencioso-electoral interpuesto respecto de la proclamación de alcalde de Cudillero. Vulneración de los derechos a la participación política y de acceso a los cargos públicos representativos: designación como alcalde de quien no formó parte de las listas electorales y que fue designado concejal cubriendo una vacante en la corporación municipal. Voto particular.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Pascual Sala Sánchez, Presidente; don Manuel Aragón Reyes, doña Adela Asua Batarrita, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan José González Rivas, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo electoral 2823-2013, promovido por Foro Asturias Ciudadanos, don José Luis Valdés Pérez, don Juan Carragal Martínez, don Antonio Landeta Álvarez-Valdez y don Francisco Javier Pérez Menéndez, representados por el Procurador de los Tribunales don Manuel Lanchares Perlado y asistidos por el Abogado don Jorge Álvarez González, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 6 de mayo de 2013, dictada en recurso contencioso-electoral número 236-2013, desestimatoria del recurso interpuesto contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Cudillero de fecha 27 de marzo de 2013. Han intervenido como parte codemandada el Partido Socialista Obrero Español y don Ignacio Fernández Díez, representados por el Procurador de los Tribunales don Roberto Granizo Palomeque y asistidos del Letrado don Javier Nuñez Seoane y ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Juan José González Rivas, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 10 de mayo de 2013, el Procurador de los Tribunales don Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de Foro Asturias Ciudadanos, de don José Luis Valdés Pérez, de don Juan Carragal Martínez, de don Antonio Landeta Álvarez-Valdez y de don Francisco Javier Pérez Menéndez, y bajo la dirección del Abogado don Jorge Álvarez González, interpuso recurso de amparo electoral contra las resoluciones referidas en el encabezamiento.

2. Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) El día 11 de enero de 2013, don Gabriel López Fernández, alcalde de Cudillero, presentó su renuncia al cargo de alcalde así como a su acta de concejal ante el Pleno del Ayuntamiento, en sesión extraordinaria de la misma fecha.

b) Al mismo tiempo, los siguientes candidatos y suplentes de la misma lista por la que se había presentado el alcalde, formularon su renuncia anticipada a cubrir la vacante de concejal, por lo que la ejecutiva local del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) propuso la designación de don Ignacio Fernández Díez.

Según consta del examen de las actuaciones, las renunciaciones fueron efectuadas del modo siguiente:

En el caso del anterior alcalde don Gabriel López Fernández, con fecha 28 de diciembre de 2012 consta la renuncia «por motivos de índole personal y familiar»; en el supuesto de don Pablo Fernández Fernández la renuncia como número tres de los suplentes se produce el 9 de enero de 2013 «dado que está incurso en una causa de incompatibilidad al ser empleado municipal en el Departamento de Obras y Servicios»; en el caso de doña Isabel María Suárez Álvarez, en fecha 9 de enero de 2013, la renuncia en el puesto número dos de los suplentes «por motivos personales»; en el supuesto de don Ignacio Garay Fernández en escrito de 8 de enero de 2013, al ocupar el puesto número uno de los suplentes por «motivos personales»; doña María Yolanda Nova Sanmartín en el puesto número trece, con fecha 8 de enero de 2013, por «incompatibilidad» al estar «contratada en el servicio de limpieza del Ayuntamiento». También consta con fecha 10 de enero de 2013 la declaración jurada de don Ignacio Fernández Díez de «no haber sido candidato o suplente en la lista electoral presentada por el PSOE en el municipio de Cudillero y haber renunciado al cargo» y constan en un modelo sin justificación de fecha 10 de enero de 2013 las renunciaciones de doña Verónica Vior Martínez, doña Victoria López San Román, doña Olga Fernández Aguiar, doña Nuria Álvarez García, don Luis Fernández Garay y doña Vanesa Menéndez Riesgo.

c) El 15 de enero de 2013 la Junta Electoral Central dictó resolución anunciando la propuesta de designación como concejal del señor Fernández Díez, frente a la cual se formularon alegaciones por los representantes de Foro Asturias Ciudadanos, que fueron desestimadas por acuerdo de la Junta Electoral Central de fecha 6 de febrero de 2013.

d) Frente a dicho acuerdo de la Junta Electoral Central se interpuso recurso contencioso-electoral por los ahora demandantes de amparo que fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 18 de marzo de 2013.

e) En fecha 27 de marzo de 2013 se celebró Pleno extraordinario del Ayuntamiento de Cudillero para elección del alcalde. Tras haber renunciado anticipadamente a la candidatura a la Alcaldía todos los demás miembros de la lista del PSOE anteriores al señor Fernández Díez, fue elegido éste y proclamado alcalde por ocho votos, habiendo obtenido tres votos el representante del Partido Popular y dos votos el representante de Foro Asturias Ciudadanos.

f) Frente a esta resolución los demandantes de amparo interpusieron recurso contencioso-electoral ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que fue desestimado por Sentencia de fecha 6 de mayo de 2013.

3. En la demanda de amparo se invoca la vulneración del derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicos (art. 23.2 CE). A tal efecto, se alega la vulneración en su vertiente de derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes, en tanto que no se realiza una correcta interpretación de los requisitos establecidos en los artículos 196 y 198 de la Ley Orgánica del régimen electoral general (LOREG) para poder ser candidato a la alcaldía, con infracción de los principios más elementales del sistema democrático que han sido recogidos reiteradamente por la doctrina constitucional en materia de participación política como derecho fundamental emanado del artículo 23.1 CE. La vulneración alcanza a los dos concejales recurrentes del Ayuntamiento de Cudillero y al partido Foro Asturias Ciudadanos.

En el escrito de demanda, también se aduce que tanto el artículo 196 como el artículo 198 LOREG hacen una expresa referencia a la lista electoral, concepto distinto al de grupo municipal, de manera que va contra la lógica de nuestro sistema democrático que un concejal que no ha concurrido a las elecciones en el seno de una lista de candidatos pueda ser proclamado alcalde, lo cual constituye una interpretación contraria al artículo 23.2 CE.

Para los recurrentes, el acuerdo del Pleno y la Sentencia impugnada lesionan el citado derecho fundamental, puesto que el señor Fernández Díez no formó parte de la lista de candidatos del partido político al que pertenece, ni por tanto puede ser considerado como cabeza de una lista a la cual no pertenecía, habiendo accedido al cargo de concejal por designación de su partido, conforme a lo previsto en el artículo 182.2 LOREG.

En apoyo de su argumentación, los demandantes citan las SSTC 10/1983, de 21 de febrero; 167/1991, de 19 de julio; 31/1992, de 26 de enero, y 185/1993, de 31 de mayo, de acuerdo a las cuales el señor Fernández Díez tendría las funciones y atribuciones que legalmente le corresponderían, excepto la de encabezar una lista electoral a la que no pertenece, sin perjuicio de su derecho a incorporarse al grupo político.

Finalmente, por los recurrentes se aduce que la STC 103/2013, de 25 de abril, y el Auto de fecha 8 de mayo de 2013, aclaratorio de la citada Sentencia, expresan que los gobiernos municipales sólo podrán estar conformados por personas que hayan concurrido a unas elecciones en una lista electoral, de manera que admitir que un concejal no electo pueda ser elegido y nombrado alcalde pugna con esta doctrina y vulnera el artículo 23.2 CE.

Concluye el escrito de demanda solicitando de este Tribunal que, tras los trámites oportunos, dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo y se declare la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 6 de mayo de 2013.

4. La Sala Primera del Tribunal Constitucional, por providencia de 14 de mayo de 2013, acordó admitir la demanda de amparo y recabar de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el envío de las actuaciones correspondientes, incluidos el expediente electoral y de conformidad con el acuerdo del Pleno de este Tribunal de 20 de enero de 2000, el previo emplazamiento a las partes, excepto al demandante de amparo, para que en el plazo de tres días pudieran personarse ante este Tribunal, formulando las alegaciones que estimasen pertinentes.

También se dio traslado para formular alegaciones por el Ministerio Fiscal en plazo de cinco días.

5. Mediante escrito registrado en fecha 17 de mayo de 2013 se personó en el proceso el Procurador de los Tribunales don Roberto Granizo Palomeque, en nombre y representación del Partido Socialista Obrero Español y de don Ignacio Fernández Díez, formulando las alegaciones que, a continuación, se extractan:

En primer lugar, se alega la inadmisibilidad del recurso por carencia de contenido propio de amparo en materia electoral y por tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria. El artículo 109 LOREG sólo admite el procedimiento electoral para impugnaciones fundadas en la infracción de la normativa electoral aplicable siendo que, en este caso, no se alega ninguna vulneración del régimen electoral, más allá de una retórica invocación del artículo 196 LOREG. Asimismo, se aduce la manifiesta carencia de contenido o trascendencia constitucional del recurso.

En cuanto al fondo, el acuerdo municipal en modo alguno vulnera el artículo 23.2 CE. En este caso, se trata del derecho de acceso a un cargo representativo de segundo grado, alcalde de una corporación local, que es elegido por los propios concejales, concurriendo en el elegido todos los requisitos y condiciones legalmente previstos para ello, al haber renunciado los concejales de la lista, por lo que hubo de considerarse al Sr. Fernández Díez como cabeza de lista al que se refieren los artículos 196 y 198 LOREG, y siendo proclamado alcalde electo por el pleno de la corporación, al haber obtenido la mayoría absoluta de los votos.

El artículo 196 LOREG no impide que los concejales que han pasado a integrar las listas conforme al artículo 182.2 sean candidatos a alcalde, y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 18 de marzo de 2013 ya decidió esta cuestión, por resolución firme, no pudiendo cuestionarse en este proceso de amparo la constitucionalidad del procedimiento seguido por el elegido para acceder al cargo de concejal.

La doctrina del Tribunal Constitucional expresa que corresponde a los grupos políticos municipales proponer candidatos a alcalde, según se recoge en la STC 185/1993, de 31 de mayo, precisamente como trasunto o traducción orgánica de las listas electorales.

Finalmente, en el escrito de oposición al recurso, se alega que no se ha vulnerado el artículo 23.2 CE puesto que el concejal recurrente se postuló como candidato a la alcaldía sin que obtuviera la mayoría necesaria para salir elegido y que no es de aplicación la doctrina de la STC 103/2013, de 25 de abril, al caso de autos.

La representación procesal del PSOE y del Sr. Fernández Díez concluye su escrito suplicando del Tribunal Constitucional que dicte Sentencia declarando la inadmisibilidad del recurso de amparo o, subsidiariamente, denegando el amparo solicitado.

6. El Ministerio Fiscal, mediante escrito registrado en fecha 17 de mayo de 2013, con base en la argumentación que a continuación se resume, interesó la estimación de la demanda de amparo y, en consecuencia, la anulación de la Sentencia recurrida.

Alega el Fiscal que el recurso de amparo electoral se configura como proceso en que se garantizan los derechos subjetivos de los recurrentes, fundamentalmente el de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE) y su finalidad última es determinar con un razonable margen de seguridad el verdadero resultado electoral, preservando la pureza del procedimiento, con respeto a la integridad del contenido de los derechos fundamentales del artículo 23, sufragio activo y pasivo (STC 168/1991, FJ 2).

Las claves de resolución del tema planteado, a juicio del Ministerio Fiscal, deben partir del hecho incontrovertido que el Sr. Fernández Díez no integró ni como titular ni como suplente las listas de la candidatura del PSOE al municipio de Cudillero ni, por consiguiente, participó en el proceso electoral de elecciones municipales de 2011 y que su acceso al cargo de concejal se produjo por el juego de una serie de renunciaciones por parte de integrantes titulares y suplentes de la citada candidatura por aplicación del artículo 182.2 LOREG, lo cual fue objeto de discusión en su momento, pero no afecta a la cuestión crucial de este recurso que es si un concejal que no ha integrado en ningún momento ni en ninguna condición la lista electoral está habilitado para ser proclamado alcalde.

Según el Ministerio Fiscal, el artículo 198 LOREG en relación con el artículo 196 y con el concepto de lista del artículo 44.1 LOREG no permiten mantener la proclamación como alcalde de personas que no se hayan presentado a las elecciones.

Finalmente alega que la voluntad del legislador y la letra y el espíritu de la norma van en la dirección de presuponer la participación en el proceso electoral del candidato proclamable alcalde y lo mismo se concluye de una interpretación sistemática de dichos preceptos, puesto que aparece claro que no existe una norma expresa que autorice a ser alcalde sin haber integrado previamente la lista electoral. Una interpretación constitucional del artículo 23.2 CE es proclive al entendimiento de la base de acceso a la alcaldía previa integración en listas de candidatos sometidas a un proceso electoral en concreto, citando las SSTC 31/1993, de 26 de enero, y la reciente STC 103/2013, de 25 de abril, así como el Auto aclaratorio de 8 de mayo de 2013, en apoyo de sus argumentos.

El Ministerio Fiscal concluye interesando el otorgamiento del amparo solicitado por vulneración del derecho fundamental al sufragio pasivo en su vertiente de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad y de acuerdo con lo establecido en las leyes, según el artículo 23.2 CE, declarando la nulidad de la Sentencia y acuerdo del Pleno impugnados, y reestableciendo en su derecho a los recurrentes mediante la celebración de un nuevo Pleno en el que se proclamen como candidatos a quienes lo puedan ser de conformidad con las previsiones legales de la LOREG.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo electoral se dirige contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias número 518/2013, de 6 de mayo, que desestimó el recurso contencioso-electoral interpuesto contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Cudillero (Asturias) de 27 de marzo de 2013, por el que se procedió a la elección y proclamación como alcalde de don Ignacio Fernández Díez.

En la demanda de amparo electoral se alega la vulneración del contenido constitucional del artículo 23 CE fundada, en síntesis, en que el alcalde elegido, Sr. Fernández Díez, no había concurrido en las elecciones municipales de 2011 en la lista electoral del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y que entró a formar parte del Ayuntamiento por propuesta del grupo municipal en sustitución del anterior alcalde y concejal, por renuncia de éste y por la vía del artículo 182.2 de la Ley Orgánica del régimen electoral general (LOREG). Según se aduce, ello constituye una vulneración del contenido constitucional del artículo 23.1 en cuanto al derecho a la participación política en las elecciones y del artículo 23.2 CE, relativo al derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos, en la medida que se designa alcalde a una persona que no cumple con los requisitos legalmente establecidos.

El Ministerio Fiscal interesa el otorgamiento del amparo, al entender que se ha producido la vulneración alegada por los demandantes. La parte codemandada opone, con carácter previo, la inadmisibilidad por inadecuación del procedimiento contencioso-electoral y por carencia de contenido constitucional del recurso; en cuanto al fondo, se alega que no se ha producido la vulneración alegada.

2. Con carácter previo al examen del fondo de la cuestión planteada, procede examinar los óbices de inadmisibilidad alegados por la parte oponente sobre la inadecuación del procedimiento contencioso-electoral para la resolución de esta controversia y sobre la falta de trascendencia constitucional del recurso.

Al examinar el primero de los motivos alegados, debemos partir de lo dispuesto en el artículo 109 LOREG que incide en la delimitación del ámbito objetivo del recurso de amparo electoral por la prescripción recogida en el artículo 114.2 LOREG y que establece que pueden ser objeto de recurso contencioso electoral los acuerdos de las juntas electorales sobre proclamación de electos, así como la elección y proclamación de los presidentes de las corporaciones locales.

De acuerdo con el tenor literal del precepto es indudable que la elección del alcalde-presidente de un Ayuntamiento entra en el ámbito del recurso contencioso-electoral, puesto que se trata de elección de un presidente de una corporación, en este caso mediante un procedimiento electoral de segundo grado, que se sujeta a las reglas imperativas establecidas en la Ley Orgánica del régimen electoral general, singularmente en los artículos 196 y 198 para el caso de la elección de alcalde por vacante derivada de la renuncia del anterior, al margen que no quepa pronunciamiento alguno de la Junta Electoral Central en relación a este concreto supuesto, precisamente por tratarse de un acuerdo municipal sobre proclamación de Alcalde, fuera del período electoral y como consecuencia de la obtención de la credencial de concejal otorgada al amparo del artículo 182.2 LOREG, debidamente expedida por la Junta Electoral Central.

En el ámbito de este recurso de amparo electoral, el Tribunal debe verificar si se ha respetado el contenido de los derechos fundamentales del artículo 23 CE, en este caso examinando si la persona que es proclamada como alcalde reúne los requisitos exigidos por la ley para desempeñar el cargo público para el cual ha sido elegido y ello por medio de una interpretación de las normas electorales aplicables a la vista del contenido constitucional del artículo 23.1 y 2 CE, que tienen como cauce específico el proceso contencioso-electoral aquí utilizado, lo que nos lleva a desestimar el primero de los óbices alegados.

3. Respecto del segundo de los óbices alegados por la parte oponente en cuanto al contenido y especial trascendencia constitucional del recurso, debe subrayarse que los demandantes han cumplido la carga procesal establecida en el artículo 49.1, *in fine*, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) al justificar la especial trascendencia constitucional del recurso en el hecho de que se trata de una cuestión constitucional novedosa, citando la reciente STC 103/2013, de 25 de abril, que resulta de aplicación a juicio de los recurrentes, si bien esta resolución no se pronunció sobre la cuestión esencial de este amparo, consistente en determinar si puede ser nombrado alcalde un concejal que no ha concurrido a las elecciones y en el hecho de que la cuestión trasciende del caso concreto, puesto que esta situación puede repetirse en cualquier ciudad, y que la controversia se refiere directamente a la presentación y proclamación de candidatos a alcalde.

Por tanto, cabe entender que los demandantes de amparo conectan materialmente en su demanda la alegada lesión del contenido constitucional del artículo 23 CE con diversos criterios que, conforme a lo ya expuesto en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, dotarían de trascendencia al recurso, como son que el mismo plantea un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no hay doctrina del Tribunal Constitucional, lo cual pone de manifiesto asimismo el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, y que trasciende del caso en el ámbito del amparo electoral, teniendo ambos supuestos un claro encaje en los apartados a) y g) del fundamento jurídico 2 de la STC 155/2009, de 25 de junio, respectivamente.

Estas razones fundamentan la especial trascendencia constitucional del recurso impuesta por el artículo 49.1, *in fine*, LOTIC, en los términos en que dicha exigencia ha venido concretándose por este Tribunal en reiterados pronunciamientos (SSTC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, y 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2, y, en el ámbito del amparo electoral, SSTC 168/2011, de 3 de noviembre, FJ 2, y 105/2012, de 11 de mayo, FJ 3).

4. Desestimadas las excepciones de inadmisibilidad opuestas y entrando en el análisis del fondo, en la demanda se plantea como cuestión nuclear la posible vulneración del contenido constitucional del artículo 23 CE por haberse elegido y proclamado alcalde al Sr. Fernández Díaz, quien no concurrió a las elecciones municipales de 2011 como integrante de la lista del PSOE en la localidad de Cudillero, accediendo al puesto de concejal tras la renuncia del anterior alcalde por la vía prevenida en el artículo 182.2 LOREG.

El derecho reconocido en el artículo 23.2 CE de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos es un derecho de configuración legal, del que son titulares los ciudadanos, primero como candidatos y posteriormente en el ejercicio del cargo (SSTC 10/1983, de 21 de febrero, y 36/1990, de 1 de marzo) y para que la infracción de la legalidad pueda reputarse como lesión de tal precepto de la CE, a los efectos de la sustanciación de un recurso de amparo electoral, debe ser aquella de carácter sustantivo que regule cuestiones que afecten directamente al contenido constitucional del mismo. Sobre este punto, la Ley Orgánica del régimen electoral general establece la necesaria capacidad jurídica para ser elector y elegible y el derecho de sufragio activo y pasivo, que son expresión capital de los derechos fundamentales de participación en los asuntos públicos por medio de representantes (art. 23.1 CE) y del acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos (art. 23.2 CE). En todo caso, el examen de la interpretación y aplicación de esa legalidad, a la que no es ajena la jurisdicción de este Tribunal, cuando regula el acceso a cargos públicos de naturaleza representativa, es decir cuando configura el derecho de sufragio pasivo (que no debe confundirse con un presunto derecho a ser candidato), no se debe ceñir únicamente a la salvaguardia de que esa interpretación o aplicación no sea discriminatoria, sino que también ha de velar por su eficacia real, tal como subraya la STC 144/1999, de 22 de julio, en su fundamento jurídico 4.

5. La configuración legal de los requisitos de sufragio pasivo para ser elegido alcalde en aquellos municipios de población superior a 250 habitantes se encuentra recogida en el artículo 196 a) LOREG cuando establece que «pueden ser candidatos todos los concejales que encabezen sus correspondientes listas».

Este requisito legal permite identificar la exigencia de un plus de representatividad en la persona que presenta su candidatura a alcalde, lo cual conecta con el marco constitucional de la autonomía local, profundamente enraizada en el principio democrático, que se plasma, de forma expresa, en el artículo 140 CE con la regulación de la elección de concejales y alcalde, y en este sentido hemos afirmado que el carácter representativo de los órganos a los que corresponde la dirección política de los entes locales constituye un concepto inherente a la autonomía local (por todas, STC 132/2012, de 19 de junio, FJ 3).

Este plus de legitimidad democrática está ínsito en los requisitos y los términos que fija la Ley Orgánica del régimen electoral general para la elección de alcalde, vinculando la voluntad del cuerpo electoral expresada en las urnas con la candidatura a la alcaldía al exigir que debe postularse como candidato el concejal que encabece la lista electoral.

Esta misma exigencia se mantiene en los casos que se produzca la vacante en la alcaldía, estableciendo el artículo 198 LOREG que, en supuestos distintos a los de moción de censura o cuestión de confianza, la vacante en la alcaldía se debe resolver conforme a lo previsto en el artículo 196, considerándose a estos efectos que encabeza la lista en que figuraba el alcalde el siguiente de la misma, a no ser que renuncie a su candidatura. En consecuencia, la elección sucesiva de alcalde en el transcurso del mandato municipal sigue estando conectada con la voluntad de los electores expresada en el voto a una determinada lista, ordenada escalonadamente, excluyendo el miembro anterior de la lista a los posteriores, con la única excepción del caso de renuncia.

6. La relevancia constitucional de la conexión entre voluntad de los electores y elegido por intermediación del sistema de prelación en la lista electoral para el caso de elecciones de alcaldes ha sido puesta de manifiesto reiteradamente en nuestra doctrina, y así, como ya se indicara en la STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 3, de acuerdo con la Constitución (arts. 6, 23, 68, 69, 70 y 140) es inequívoco que la elección de los ciudadanos sólo puede recaer sobre personas determinadas y no sobre los partidos o asociaciones que los proponen al electorado, lo cual crea una vinculación inmediata entre electores y elegidos, que no puede ser condicionada en sus elementos esenciales por la mediación de los partidos políticos por tratarse de un mandato libre, pues la concepción de que es del partido y no de los electores de quien se recibe el mandato representativo es inaceptable desde el punto de vista constitucional.

En el caso de la elección a alcalde, como se indicara en la STC 31/1993, de 26 de enero, FJ 3, la exigencia legal del requisito de que los concejales que sean proclamados candidatos a alcalde «encabezen sus correspondientes listas electorales» [art. 196 a) LOREG] es clara y supone una opción legislativa en 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, entre ellos, del alcalde, añadiendo que esta condición de cabeza de lista ha de conectarse a una determinada lista de candidatos en un determinado proceso electoral abierto, lista a la que se refiere el artículo 44.1 LOREG.

En los supuestos de vacantes producidas a lo largo del mandato municipal, este Tribunal ha afirmado que el protagonismo corresponde a los grupos municipales en los que orgánicamente se han traducido las listas, de tal modo que cada grupo municipal de los así formados debe tener la posibilidad de presentar un candidato a alcalde, si bien ello no puede desvirtuar la conexión entre electores y elegidos, que no puede ser interferida en sus elementos esenciales por la mediación o interposición de un grupo político (STC 185/1993, de 31 de mayo, FJ 5), máxime cuando en el caso allí contemplado se trataba de un supuesto de abandono, por propia voluntad, del grupo municipal y de quienes no formaron parte de la lista de un grupo político de un Ayuntamiento, que no podía ser considerado cabeza de lista a los efectos del artículo 196 LOREG.

Desde la estricta perspectiva constitucional, no puede entenderse que un concejal que no ha concurrido a la elección cumpla los requisitos establecidos en el artículo 198 LOREG, que exige expresamente la inclusión en la lista electoral de quien se propone como candidato a alcalde, lo cual excluye a personas que no hubieren concurrido a las elecciones en las correspondientes candidaturas presentadas en su momento. Dicha interpretación resulta del tenor de los preceptos orgánicos rectores de la elección a alcalde (*v. gr.*, arts. 196 y 198 LOREG), así como de nuestra doctrina, anteriormente expuesta, sobre la conexión entre la elección por sufragio universal de los concejales y, por derivación, del alcalde, con el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos, que en este caso ha sido desvirtuado por la interferencia del grupo municipal que materialmente ha posibilitado, mediante una sucesión de renunciaciones individuales, que el candidato a alcalde lo haya sido quien no había integrado la lista que concurrió al proceso electoral.

No cabe duda, como subraya el Fiscal, que en el concepto de lista (arts. 44, 182, 196 y 198 LOREG) se integren personas que no concurran a las elecciones en las correspondientes candidaturas aunque pertenezcan a un grupo municipal al que hayan accedido por la vía del artículo 182.2 LOREG, pero esta vía singular que, para el cargo de concejal, permite su acceso a un ciudadano que no se integró en la lista para participar en la elección, no es reconocida en el caso de la elección de alcalde, al ser insuficiente desde el punto de vista constitucional y al amparo del artículo 23.1 CE la mera integración en el grupo municipal, pues la condición de cabeza de lista lo ha de ser en el proceso electoral y en directa conexión con la voluntad popular, asegurando la plena representación democrática a quien ha de detentar el gobierno y la administración municipal.

7. En el caso objeto de este amparo electoral, el Sr. Fernández Díez accedió al cargo de concejal por la vía prevista en el artículo 182.2 LOREG que establece que, si no quedasen posibles candidatos o suplentes a nombrar, las vacantes serán cubiertas por cualquier ciudadano mayor de edad que no esté incurso en causa de inelegibilidad designado por el partido, coalición, federación o agrupación de electores cuyos concejales hubiesen de ser sustituidos. Esta designación como concejal fue estimada conforme a Derecho por Sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 18 de marzo de 2013. Por tanto, es incontrovertido que el Sr. Fernández Díez no integraba la lista de candidatos a la que se refiere el artículo 44.1 LOREG y que no concurrió a las elecciones municipales celebradas en el año 2011, pues el acceso a la condición de candidato a alcalde sólo se produce tras sucesivas renunciaciones, en un primer momento, de los diferentes integrantes de la lista electoral del PSOE y sus suplentes, y, posteriormente, de los siete concejales del grupo municipal que habían concurrido a la lista electoral en el año 2011. En todo caso, no puede aceptarse la declaración de renuncia con efectos automáticos como establece la sentencia recurrida, pues ésta, en los términos de la STC 214/1998, de 11 de noviembre, sólo reconoce su efectividad en el momento en que el Pleno de la corporación toma conocimiento.

La interpretación del alcance y contenido del derecho fundamental a acceder a los cargos públicos ha de hacerse considerando la Constitución como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás; es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática. El plus de representatividad que se infiere del artículo 140 CE para el gobierno municipal se traduce en una conexión recíproca, electores y elegible cabeza de lista, en relación a los requisitos para ser candidato a alcalde, conforme al artículo 196 LOREG.

En el caso de la vacante en la alcaldía, el artículo 198 LOREG matiza los requisitos personales del candidato, desde el momento en que admite la renuncia de quienes le precedían en la lista, mas tal posibilidad encuentra un límite expreso en la previa integración en la lista, de manera que no pueden presentar su candidatura quienes no integraron la lista electoral y han accedido al cargo público de concejal por la vía del artículo 182.2 LOREG. En otro caso, se estaría alterando gravemente la voluntad del cuerpo electoral y, en consecuencia, viciando la relación representativa entre el conjunto de los ciudadanos y los órganos representativos; relación ésta, cuyo correcto

establecimiento es capital para la existencia y funcionamiento del Estado democrático que consagra el artículo 1.1 CE (SSTC 24/1990, de 15 de febrero; 225/1998, de 25 de noviembre, y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *caso Matthews, de 18 de febrero de 1999*).

Ello no supone cuestionar la vía de acceso al cargo de concejal prevenida en el artículo 182.2 LOREG, puesto que tal cuestión excede del ámbito de este amparo y ha sido decidida por Sentencia firme, si bien hay que matizar que tal solución fue introducida por la reforma operada por Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, que reformó el artículo 182.2 LOREG con una finalidad determinada cual es la de garantizar la continuidad del gobierno municipal hasta el siguiente proceso electoral.

En este caso, lo que se dirime es si los concejales que acceden por la vía del artículo 182.2 LOREG tienen capacidad, como el resto de concejales, para llegar a ser cabeza de lista por la renuncia del resto y una visión limitada de su capacidad está justificada por la prevalencia del artículo 23.1 CE que da respaldo a limitaciones de este tipo, como la que se infiere del artículo 196 al no permitir la condición de candidato a la elección de alcalde a quien no ostenta la condición de cabeza de lista.

En ningún caso, esta vía excepcional es idónea para introducir un candidato que no formó parte de las listas y cuya elección no se había sometido a sufragio universal, para el desempeño de un cargo de máxima representatividad como el de alcalde, conectado con especial intensidad con la voluntad del conjunto de electores del municipio expresada en las urnas según se desprende de una lectura sistemática de los artículos 44.1, 196 y 198 LOREG en relación con los artículos 23.1 y 2 y 140 CE, pues el alcalde designado en el acuerdo recurrido no formó parte de la correspondiente lista electoral propuesta en el proceso electoral y, en consecuencia, carecía del respaldo que los ciudadanos le podían otorgar con sus votos, por lo que la interpretación efectuada por la sentencia recurrida al aplicar el artículo 198 LOREG y, por remisión, el artículo 196 de la misma ley orgánica, vulnera el contenido de dichos preceptos al no haber obtenido el designado, como cabeza de lista, votos populares en el municipio, pues no participó en las elecciones municipales de 2011, en la localidad de Cudillero.

8. La correcta interpretación del artículo 196 LOREG a la luz del contenido constitucional del artículo 23.1 CE exige determinar que sólo los concejales que formaban parte de la lista electoral podrán llegar a ser cabeza de lista, por renuncia de los demás, no pudiendo adquirir nunca esta condición los concejales que, como en el caso cuestionado, han accedido por la vía excepcional del artículo 182.2 LOREG.

Las anteriores consideraciones nos llevan al otorgamiento del amparo, puesto que la interpretación constitucional de los requisitos que el legislador orgánico ha establecido para la elección del alcalde en un supuesto como el presente nos llevan a la conclusión que sólo puede serlo quien obtuvo la legitimación de las urnas por su integración en alguna de las listas electorales concurrentes a las elecciones municipales, con la consecuente estimación de la vulneración del contenido constitucional del derecho reconocido en el artículo 23 CE, en la doble perspectiva del derecho de participación en las elecciones (art. 23.1 CE) y del de acceso a los cargos y funciones públicas (art. 23.2 CE).

La estimación del recurso de amparo electoral anula el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Cudillero de 27 de marzo de 2013, de elección de alcalde, así como de la Sentencia que lo confirma, dictados por la Sección Única de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 6 de mayo de 2013.

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por Foro Asturias Ciudadanos, don José Luis Valdés Pérez, don Juan Carragal Martínez, don Antonio Landeta Álvarez-Valdéz y don Francisco Javier Pérez Menéndez, representados por el Procurador de los Tribunales don Manuel Lanchares Perlado y asistidos por el Abogado don Jorge Álvarez González y, en consecuencia:

1.º Reconocer el derecho de los recurrentes a la participación política y al acceso en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas (art. 23.1 y 2 CE).

2.º Anular el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Cudillero de fecha 27 de marzo de 2013 y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 6 de mayo de 2013.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento anterior a la aprobación del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Cudillero de fecha 27 de marzo de 2013.

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

Dada en Madrid, a veintitrés de mayo de dos mil trece.—Pascual Sala Sánchez.—Manuel Aragón Reyes.—Adela Asua Batarrita.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Andrés Ollero Tassara respecto a la Sentencia de la Sala Primera de fecha 23 de mayo de 2013 dictada en el recurso de amparo electoral núm. 2823-2013

En el ejercicio de la facultad que confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría de la Sala, dejo constancia de mi opinión discrepante puesta ya de manifiesto durante la deliberación de la Sentencia que ha resuelto el recurso de amparo electoral interpuesto por Foro Asturias Ciudadanos contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 6 de mayo de 2013, dictada en recurso contencioso-electoral número 518-2013.

1. Resulta sin duda innecesario recordar que la función de este Tribunal no es inmiscuirse en cuestiones de legalidad, como la más o menos literal aplicación de una norma o la calificación de supuestos en los que cupiera apreciar fraude de ley. Tampoco le compete pronunciarse sobre la valoración ética o estética que merezcan determinados comportamientos políticos. Hemos de ocuparnos sólo de si se han respetado o no las siempre mínimas exigencias constitucionales.

2. Apenas un mes después de que el Pleno del Tribunal Constitucional, en su Sentencia 103/2013, de 25 de abril, resolviera sobre la constitucionalidad de que un tercio de la junta de gobierno local de un Ayuntamiento pudiera estar integrado por quienes no tuvieran la condición de concejal, su Sala Primera ha de abordar un problema no menos novedoso: «si puede ser nombrado alcalde un concejal que no ha concurrido a las elecciones». Se enfrentan con ello a «una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no hay doctrina del Tribunal Constitucional».

En la aludida anterior oportunidad la opinión mayoritaria entre los Magistrados, plasmada en la citada Sentencia, consideró inconstitucional la circunstancia impugnada, considerando que la exigencia de que sus protagonistas fueran concejales dotaba de especial legitimidad democrática al gobierno municipal. Dado que suscribí un discrepante Voto particular, a nadie extrañará que también ahora me vea obligado a discrepar, aunque con diferentes matices.

3. La Sentencia que ahora nos ocupa ha optado por responder negativamente a la cuestión planteada, considerando que «la exigencia de un plus de representatividad en la persona que presenta su candidatura a alcalde» descarta que pueda asumirla quien no se presentó a las elecciones. Suscribo, como es obvio, la importancia de la representatividad en aquellos cargos públicos sometidos a refrendo electoral, pero –como ya tuve ocasión de apuntar– no veo que ello sea inconciliable con otras exigencias de gobierno democrático, como la división de poderes, o con meras razones de coherencia.

Estas segundas son las que me llevan a discrepar en este caso. Como la propia Sentencia recoge repetidamente, sin hacer notar problema alguno de constitucionalidad, el artículo 182.2 de la Ley Orgánica del régimen electoral general «establece que, si no quedan posibles candidatos o suplentes a nombrar, las vacantes serán cubiertas por cualquier ciudadano mayor de edad que no esté incurso en causa de inelegibilidad»; así ocurrió en este caso con el concejal cuya posible candidatura a alcalde ahora se cuestiona. Al no considerarse discutible su condición de concejal parece coherente que pueda, como cualquier otro de sus compañeros, convertirse en candidato a la alcaldía. La propia Sentencia entiende, respecto a las «vacantes producidas a lo largo del mandato municipal», que «el protagonismo corresponde a los grupos municipales en los que orgánicamente se han traducido las listas, de tal modo que cada grupo municipal de los así formados debe tener la posibilidad de presentar un candidato a alcalde». Al añadirse, sin embargo, que «ello no puede desvirtuar la conexión entre electores y elegidos, que no puede ser interferida en sus elementos esenciales por la mediación o interposición de un grupo político», surge la novedosa figura del concejal no alcaldable.

Nos encontramos pues ante un cuadro, no muy coherente a mi modesto juicio, que contempla grupos municipales compuestos por concejales de los que, en según qué circunstancias, unos resultan ser más concejales que otros. Entendería con más facilidad que –dando a la representatividad un valor más absoluto del que personalmente le he reconocido– se considerara inconstitucional que llegue a concejal quien no se ha presentado a las elecciones. Si esto se ha considerado constitucional es sin duda por entender que no hay mayor falta de representatividad que la ausencia de quien –con refrendo electoral o sin él– sea considerado por quienes han acreditado la confianza de los ciudadanos capaz de ejercer dicha representación. Por idéntica razón, sin necesidad de entusiasmo alguno por tan curiosa figura, no veo razón para tachar de inconstitucional que a quién ya se admitió como concejal se le pueda admitir también como alcalde; con mayor razón en un sistema en que es una lista cerrada –sin grandes posibilidades de gradación representativa– la que, como expresión de la adhesión de los ciudadanos a quien la promueve, acaba resultando decisiva una vez puesto en marcha el mandato de sus componentes.

Partiendo de estas reflexiones, me veo obligado a emitir mi Voto particular

Madrid a veintitrés de mayo de dos mil trece.–Andrés Ollero Tassara.–Firmado y rubricado.