

Id Cendoj: 29067330012007101294  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso  
Sede: Málaga  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 767/2007  
Nº de Resolución: 1380/2007  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: MARIA ROSARIO CARDENAL GOMEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

1

**SENTENCIA Nº 1380/2007**

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

PLENO

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE:

D. JOAQUÍN GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS

MAGISTRADOS:

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

D. MANUEL LÓPEZ AGULLÓ

D<sup>a</sup> MARIA ROSARIO CARDENAL GÓMEZ

D<sup>ÑA</sup>. MARIA TERESA GÓMEZ PASTOR

D. EDUARDO HINOJOSA MARTÍNEZ

---

En la Ciudad de Málaga a tres de Julio de dos mil siete.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente Sentencia en el Recurso Contencioso-Administrativo número 767/2007, interpuesto por LOS VERDES 2007 DE FRIGILIANA, representado/a por el/a Procurador/a D/ña. Concepción Labanda Ruiz, contra MINISTERIO FISCAL, PARTIDO ANDALUCISTA, representado por la Procuradora Sra. De Lucchi Blanca y AYUNTAMIENTO DE FRIGILIANA, representado por el Letrado del SEPRAM.

Ha sido Ponente la Il<sup>ta</sup>m. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> MARIA ROSARIO CARDENAL GÓMEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el/a Procurador/a D/ña. Concepción Labanda Ruiz, en la representación acreditada de LOS VEDES 2007 DE FRIGILIANA, se interpuso Recurso Contencioso-Administrativo contra ", el Acuerdo de la Junta **Electoral** de Zona de Vélez- Málaga, sobre **proclamación** de electos en las elecciones locales celebradas el día 27 de mayo de 2007 en el municipio de Frigiliana", registrándose el Recurso con el

número 767/2007.

SEGUNDO.- Admitido a trámite, anunciada su incoación y recibido el expediente administrativo se dio traslado a la parte actora para deducir demanda, lo que efectuó en tiempo y forma mediante escrito, que en lo sustancial se da aquí por reproducido, y en el que se suplicaba se dictase sentencia por la que se estimen sus pretensiones.

TERCERO.- Dado traslado al demandado para contestar la demanda, lo efectuó mediante escrito, que en lo sustancial se da por reproducido en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se desestime la demanda.

CUARTO.- Recibido el juicio a prueba fueron propuestas y practicadas las que constan en sus respectivas piezas, y no siendo necesaria la celebración del vista pública, pasaron los autos a conclusiones, que evacuaron las partes en tiempo y forma mediante escritos que obran unidos a autos, señalándose seguidamente día para votación y fallo.

QUINTO.- La parte actora solicitó por escrito de 20/06/2007 la ampliación del recurso al Acuerdo por el que se eligió y proclamó al Alcalde de Frigiliana.

SEXTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las exigencias legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Se impugna en primer término en el presente recurso contencioso- **electoral**, por la representación procesal de D. Luis Manuel , como representante **electoral** de Los Verdes 2007 y por el procedimiento especial previsto en la LOREG (L. O 5/1985, de 19 de junio ) *Artículos 109* y siguientes, el Acuerdo de la Junta **Electoral** de Zona de Vélez-Málaga, sobre **proclamación** de electos en las elecciones locales celebradas el día 27 de mayo de 2007 en el municipio de Frigiliana.

Dicha impugnación se centra en las mesas electorales A y B del Distrito 1, Sección 1 del Colegio **Electoral** de Frigiliana, así como en el resultado del escrutinio provisional y general realizado en las mismas, solicitando, en consecuencia, la declaración de nulidad de los resultados electorales derivados de dicha votación, así como de la **proclamación** de electos en las elecciones locales celebradas el día 27 de mayo 2007 en el municipio de Frigiliana, acordando se celebre nueva convocatoria **electoral** en dichas mesas y municipio en el plazo de tres meses, y ello con base a una lista del censo **electoral** en la que no bien figuren incluidas las personas que lo fueron indebidamente por carecer de una efectiva residencia habitual en el municipio.

Subsidiariamente y para el caso de no estimarse la anterior pretensión se solicita se tenga por impugnada la votación realizada el día 27 de mayo de 2007 en las mesas electorales A y B del Distrito 1, Sección 1 del Colegio **Electoral** de Frigiliana, así como del resultado del escrutinio provisional y general realizado en las mismas, procediéndose en consecuencia a la declaración de nulidad de los resultados electorales derivados de dicha votación, así como de la **proclamación** de electos en las elecciones locales aludidas, solicitando se acuerde la celebración de nueva convocatoria **electoral** en dichos mesas y municipio en el plazo de tres meses.

Por la representación procesal del Partido Andalucista se solicitó el dictado de Sentencia desestimatoria del recurso **electoral**.

Por el Letrado de la Diputación Provincial de Málaga, adscrito al SEPRAM, actuando en representación del Ayuntamiento de Frigiliana, se solicitó también la desestimación del recurso, como igualmente ha sido solicitada por el Ministerio Fiscal en su informe, obrante en las actuaciones de fecha 21 de junio 2007.

Por su parte el Informe de la Junta **Electoral** de Zona de Vélez-Málaga (*Art. 112. 3 de la LOREG* ) considera que la **proclamación** de electos realizada por esta JEZ se ajusta plenamente a la Ley Orgánica de Régimen **Electoral** General no apreciando vicio o defecto que invalide la misma así como que es improcedente el recurso contencioso **electoral** planteado pues contraviene la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional que viene a establecer que las cuestiones, alteraciones o irregularidades atinentes al censo **electoral** son ajenas al procedimiento **electoral** y, en consecuencia, no pueden ser planteadas o impugnadas por la vía del recurso contencioso **electoral** contra la **proclamación** de electos que prevé el *artículo 109 de la LOREG* , y ello es así en la medida en que las irregularidades o vicios, en su caso, relativos a una Administración (la Oficina del Censo **Electoral**), no pueden ser tenidas en cuenta para

impugnar los actos de otra (**proclamación** de electos por las Juntas Electorales).

SEGUNDO.- El argumento principal para la impugnación a que se ha hecho referencia en el Fundamento Jurídico anterior no es otro que la aseveración del recurrente de haber comprobado durante la celebración del acto de votación la inclusión en el censo del municipio de electores cuya dirección en el censo **electoral** no se corresponde con una efectiva residencia habitual en el municipio, concretándose en una relación de 36 votantes supuestamente no residentes en el municipio de Frigiliana aunque sí censados en el mismo y de otras cuatro personas que, no estando censados en el municipio, ejercieron el derecho al voto por correo.

De otra parte se alega también que el día 24 de mayo en la edición digital del diario Sur de Málaga y contestando a la pregunta formulada por un periodista sobre si eran necesarias las 3394 viviendas que contempla el PGOU por el Alcalde de Frigiliana se contestó que "El PGOU no prevé tantas viviendas, sino se legalizan las que hay. En un mínimo de ocho años no es tanto porque hay que legalizar unas 500 o 1000 que están fuera de ordenación..."

Se añade que la misma declaración se efectuó el día 24 en una emisora radiofónica.

Así que por un lado se impugna la indebida formación del censo **electoral** del municipio de Frigiliana y por otro determinados actos (declaraciones) efectuadas por el candidato a la Alcaldía que resultó electo posteriormente, durante la campaña **electoral**.

TERCERO.- Por lo que se refiere a la impugnación en materia de censo, establece el *artículo 40 de la LOREG* que contra las resoluciones de la Oficina del Censo **Electoral** puede interponerse recurso ante el Juez de Primera Instancia en el plazo de cinco días a partir de su notificación.

La existencia de votantes no residentes censados supuestamente en fraude de ley es una cuestión que desborda el objeto del proceso Contencioso-**electoral** y así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en Sentencias 148/1999 y 149/1999, ambas de cuatro de agosto .

Así el Alto Intérprete de la Constitución ha venido expresar en dicha sentencias que: "Sobre el particular debe observarse que la regulación de dicho proceso en la LOREG. EDL 1985/8697 (Sección 16 Contencioso **Electoral**, del Capítulo VI Procedimiento **Electoral**, Título Primero EDL 1985/8697 . Disposiciones Comunes para las Elecciones por Sufragio Universal Directo, *arts. 109 a 117 inclusive EDL 1985/8697 q*), se inicia con un *artículo clave*, el 109 EDL 1985/8697 , conforme al cual 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".

Se define en dicho *precepto EDL 1985/8697* en términos inequívocos el objeto posible del proceso en relación con el acto recurrible en él, aunque debe señalarse que no hace lo propio con los eventuales motivos de su impugnación, precisión esta última que de haber estado incluida en la *Ley EDL 1985/8697* , evidentemente evitaría los problemas de interpretación que suscita, y que han dado lugar al proceso del que trae causa el presente recurso de amparo.

Con todo, una adecuada interpretación lógica y sistemática debe llevar a la conclusión de que sólo los motivos impugnatorios que tengan que ver con la regularidad del "procedimiento **electoral**" y con las competencias atribuidas a las Juntas Electorales para controlarlas, son los que pueden tener cabida en el proceso contencioso-**electoral**.

Lo contrario supondría un indudable factor de incoherencia; pues no sería lógico que el control jurisdiccional de los actos de las Juntas Electorales pudiera hacerse en función de elementos ajenos a la materia sobre la que versa su función y a las competencias conferidas en relación con ella.

Tal ocurriría si el objeto del proceso contencioso-electoral- no fueran "los acuerdos de las Juntas Electorales sobre **proclamación** de electos", sino directamente la elección y los presupuestos de la misma ajenos al "procedimiento **electoral**", aunque influyentes en la elección, que es la concepción a que responde el planteamiento del Tribunal "a quo" según se indicó".

"Entre la elección y el censo, que opera como presupuesto de la misma, existe una clara diversidad de tratamiento y régimen jurídico en la LOREG. EDL 1985/8697 , estando perfectamente diferenciados los medios impugnatorios de los actos relativos a la primera y del segundo.

La LOREG. EDL 1985/8697 regula en sendos capítulos "El Censo **Electoral**" (Capítulo IV del Título

Primero) EDL 1985/8697 y el "Procedimiento **Electoral**" (Capítulo VI del mismo título) EDL 1985/8697, del que forma parte la elección, lo que pone de manifiesto que las cuestiones atinentes al censo **electoral** son ajenas al procedimiento **electoral**, en cuya unidad sistemática global se incluye (Sección 16) el "Contencioso **Electoral**, como epílogo jurisdiccional de lo acaecido en el procedimiento **electoral**.

En la sistemática de la *Ley EDL 1985/8697 resulta claro que incluso en la "rectificación el censo en período electoral"* (Sección 3ª del Capítulo IV EDL 1985/8697), no se regula como trámite del procedimiento **electoral**, sino como un contenido especial del sistema genérico de formación del censo **electoral**.

Tal especialidad consiste en que, mientras que el censo **electoral** es permanente y su actualización es mensual (*art. 34.1 LOREG. EDL 1985/8697*), de forma que trasciende las concretas elecciones que puedan celebrarse durante su vigencia, la revisión del censo durante el período **electoral** se produce al margen de la periodicidad genérica; pero insertándose, no obstante, en esa vigencia permanente del censo, que trasciende a la concreta elección, en contemplación de la cual puede haberse producido.

En cuanto a los medios impugnatorios de los datos censales (como ya quedaron indicados aunque a otros efectos en un momento anterior), se contienen en los *arts. 38 y 40 de la LOREG. EDL 1985/8697* q, estando confiada su decisión al respecto en la vía administrativa a la Oficina del Censo **Electoral**, y en la vía jurisdiccional a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por el cauce del proceso especial de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales (*art. 38.5 LOREG. EDL 1985/8697*) en el supuesto genérico de revisión, y al Juzgado de Primera Instancia (*art. 40 LOREG. EDL 1985/8697*) en el supuesto específico y muy limitado de revisiones producidas en el período **electoral**.

Por el contrario, todo lo referido al procedimiento **electoral** está confiado en su trámite administrativo a la "Administración **Electoral**", de la que forman parte las Juntas Electorales y las Mesas Electorales, y en su revisión jurisdiccional al proceso contencioso **electoral**.

Debe significarse que la LOREG. EDL 1985/8697 tiene un concepto preciso de lo que sea la "Administración **Electoral**", que regula en el Capítulo 111 del Título Primero EDL 1985/8697, y que en dicho concepto no se incluye la Oficina del Censo **Electoral**, y menos aún la Administración local, que es la que tiene a su cargo el empadronamiento, presupuesto, a su vez, de la inclusión en el censo **electoral**.

El *art. 8 LOREG. EDL 1985/8697* regula tanto la función institucional de la Administración **Electoral**, como su composición orgánica. Respecto a lo primero el apartado 1 EDL 1985/8697 dispone que "la Administración **Electoral** tiene por finalidad garantizar en los términos de la presente *Ley EDL 1985/8697* la transparencia y objetividad del proceso **electoral** y del principio de igualdad".

Y respecto a lo segundo, el *apartado 2 del propio artículo EDL 1985/8697* dice que "integran la Administración **Electoral** las Juntas Electorales, Central, Provincial, de Zona y, en su caso, de Comunidad Autónoma, así como las Mesas Electorales".

El examen de las competencias de esos órganos de la Administración **electoral** evidencia que entre ellas no se contiene ninguna relativa a la formación del censo o a la decisión acerca de sus revisiones.

Si, pues, los actos relativos a la formación del censo **electoral** se atribuyen por la *Ley EDL 1985/8697* a una Administración distinta de la Administración **electoral**, y su revisión jurisdiccional a órganos jurisdiccionales distintos de los competentes para el conocimiento de los recursos contra los actos de las Juntas Electorales, la única conclusión lógica y sistemática mente aceptable a la hora de definir el objeto posible del proceso contencioso **electoral** en relación con los motivos impugnatorios, es la de que los vicios, en su caso, relativos a una Administración (la Oficina del Censo **Electoral**), no pueden ser tenidos en cuenta para impugnar los actos de otra (las Juntas Electorales), las cuales constituyen el objeto único de dicho proceso.

Por otra parte, si la competencia jurisdiccional sobre los procesos referidos a las irregularidades en el censo **electoral** está conferida, bien a la Jurisdicción contencioso-administrativa por el cauce del proceso especial de tutela de los derechos fundamentales, y dentro de ella al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (*art. 38.5 LOREG. EDL 1985/8697* y *8.3 LJCA. EDL 1998/44323*), bien al Juzgado de lo Civil (*art. 40 LOREG. EDL 1985/8697*). resulta indudable que la decisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, pronunciándose sobre quiénes puedan estar incluidos en el censo, con base en el que deban celebrarse las elecciones, supone una invasión de la competencia (caso de la del Juzgado de lo Contencioso) o incluso de la jurisdicción (caso de la del Juez de Primera Instancia) de otros órganos jurisdiccionales.

Y todo ello, aparte de que la decisión sobre la exclusión de la elección de determinados electores supone de hecho una privación en concreto de su derecho de voto, a la que en ningún caso podría llegarse en un proceso, en el que no hubieran sido parte, como ha ocurrido en el contencioso **electoral**, del que el actual recurso de amparo trae causa.

No cabría entender, como parece que da por supuesto la Sentencia recurrida, que la amplitud del sentido del *art. 113.2 d) de la LOREG. EDL 1985/8697*, al referirse a la nulidad de la elección, pueda desconectar ésta, en cuanto objeto -posible del recurso, del objeto del mismo definido en el *art. 109 EDL 1985/8697* (acuerdos de las Juntas Electorales), para de ese modo dar entrada en el proceso contencioso **electoral** a posibles vicios de la elección, producidos por los acuerdos de las Juntas Electorales.

La necesaria relación lógica entre la Sentencia y el objeto del proceso obliga a circunscribir el concreto contenido del fallo, a que se refiere el *art. 113.2 d) EDL 1985/8697*, al objeto sobre el que versa, sin desbordarlo. Ello sentado, la "nulidad de la elección celebrada en aquella o aquellas Mesas que resulten afectadas por irregularidades invalidantes...", sólo puede entenderse en el sentido de que tales hipotéticas irregularidades invalidantes sólo pueden ser las producidas en el procedimiento **electoral**; pero no las ajenas a él, como son, según quedó razonado, las eventualmente afectantes al censo **electoral**.

En el caso de los electores que deben participar en la elección cabría, por ejemplo, una anulación de la elección, si hubieran participado en ella electores no incluidos en las listas; pero el control de que sólo participen en las elecciones los electores incluidos en las listas no puede sustituirse, como se ha hecho en la Sentencia, por el control de las listas, que está confiado a una Administración distinta de aquélla, cuyos actos constituyen el objeto del recurso".

Así pues la nulidad de la elección celebrada en las mesas que resulten afectadas por irregularidades invalidantes sólo puede entenderse en el sentido de que tales hipotéticas irregularidades invalidantes sean las producidas en el procedimiento **electoral**, pero no las ajenas a él como son las que afectan al censo **electoral**.

Consecuencia de todo lo razonado es la desestimación de la pretensión de nulidad basada en irregularidades del censo, lo cual también nos llevó en el anterior auto de 26 de junio pasado a no practicar la prueba propuesta, como allí razonamos, precisamente con arreglo a la doctrina sentada en las Sentencias del Tribunal Constitucional 148/1999 y 149/1999 de constante referencia no siendo el recurso contencioso-**electoral** la vía adecuada para efectuar una comprobación sobre los alegados empadronamientos irregulares ni sobre las altas en el censo **electoral**.

CUARTO.- Por lo que se refiere a los actos realizados en campaña **electoral** por el candidato a la Alcaldía, considerados por la parte recurrente como promesas electorales ilícitas, debe decirse que el *artículo 50. 2 de la LOREG* define la campaña **electoral** como "el conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones", "en orden a la captación de sufragios", se trata pues de aquellos actos que sirven para captar votos que lleven a los candidatos a formar parte de la Cámara que se elige, siendo una exigencia razonable (STS 3 de febrero de 2003 ) relacionar dichos actos con la consecución del propósito a que sirven las elecciones.

Se trata en el presente supuesto de manifestaciones relativas a la legalización de viviendas -unas 500 o 1000- " que están fuera de ordenación".

Según la parte aunque la promesa en sí aparentemente no resulta ilícita sí lo sería a la luz de las circunstancias concretas de quién las realizó por haber sido durante los doce años anteriores Alcalde de Frigiliana, porque la legislación urbanística de Andalucía establece expresamente como competencia de los Ayuntamientos la disciplina urbanística y porque uno de los cometidos del Ayuntamiento de Frigiliana y de quien, en los últimos doce años ha sido su Alcalde, era el de impedir la existencia en el municipio de viviendas ilegales, dando a entender que ha podido existir una dejación de funciones por parte del Ayuntamiento en el ejercicio de la potestad disciplinaria urbanística.

Pues bien, la Sala en relación con este motivo de impugnación considera que las expresiones denunciadas se hallan dentro del derecho de libre expresión del candidato sin que pueda apreciarse un supuesto de extralimitación en su uso.

Como dice la STS de 2 de junio de 2003 (Sala 1ª ) la libertad de expresión es uno de los fundamentos indiscutibles del orden constitucional español, colocada en una posición preferente y objeto de especial protección, es una de esas libertades que significan el reconocimiento y la garantía de una institución

política fundamental que es la opinión pública libre, indiscutiblemente ligada con el pluralismo político, considerado como un valor fundamental y un requisito del funcionamiento de un estado democrático.

Indudablemente no resulta en sí ilícito el propósito electoralmente manifestado en la campaña del candidato de legalizar viviendas fuera de ordenación y tampoco existe manifestación de la forma en que ha de hacerse. Constituirán, sin embargo, actos ilícitos los hechos concretos realizados contra las normas urbanísticas si se produjesen o se hubiesen producido ya y su perpetración daría lugar a la posibilidad de ejercitar y solicitar ante los poderes públicos las correspondientes denuncias y sanciones. Pero un propósito manifestado sin indicación de métodos o modos concretos de actuación ilícita no tiene por qué viciar de ilicitud unos actos de campaña **electoral**, propicios a este tipo de manifestaciones, especialmente cuando no se ha aportado prueba alguna de una actuación ilícita por parte del Consistorio disuelto. Si así no fuera, cuántos procesos electorales podrían ser tachado de irregulares en virtud de promesas exageradas, posteriormente incumplidas de los candidatos o, cuyo cumplimiento se supone que pudiera efectuarse de manera irregular.

Concluimos, pues, que las expresiones a que se hace referencia en la demanda lo han sido en el marco de una campaña **electoral** con todo lo que ello supone de confrontación política de captación de votos e incluso de improvisación, por lo que las mismas se han de incardinar en el contexto político derivado de la actividad política que se ejerce o se quiere ejercer y en el clima propio de una campaña política.

QUINTO.- Corresponde ya entrar en el examen del recurso contencioso-**electoral** dirigido a impugnar la elección y **proclamación** del Alcalde de Frigiliana efectuada el día 16 de junio del corriente.

Se basa el recurrente para tal impugnación en el hecho de que con fecha 16 de junio se procedió a la constitución del Ayuntamiento de Frigiliana a pesar de la interposición del recurso contencioso-**electoral** por el Grupo Político Los Verdes, hecho que considera público y notorio por su publicación en el diario Sur de Málaga, edición de la Axarquía, el día previo a la constitución de la Corporación (15-06-2007), así como el mismo día de la constitución de la misma (16-06-2007).

Asimismo se manifiesta en la correspondiente demanda que con fecha 14 de junio se notificó a los representantes de los partidos concurrentes por la circunscripción **electoral** de Frigiliana, la interposición del recurso contencioso-**electoral** por D. Luis Manuel, como así consta en autos por el acto de notificación y emplazamiento ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J.A., efectuado en Vélez-Málaga a 14 de junio de 2007 por la Junta **Electoral** de Zona (folio 40 de los presentes autos).

El fundamento jurídico de tal pretensión no es otro que el *artículo 195 de la LOREG el cual en su apartado primero* prescribe que "las Corporaciones municipales se constituyen en sesión pública el vigésimo día posterior a la celebración de las elecciones, salvo que se hubiese presentado recurso contencioso-**electoral** contra la **proclamación** de concejales electos, en cuyo supuesto se constituyen el cuadragésimo día posterior a las elecciones".

La actora considera que se ha producido la invalidez del acto de constitución de la Corporación Local al haberse desconocido la prohibición de constitución de las corporaciones municipales el vigésimo día posterior a las elecciones que establece el *artículo 195 de la LOREG* para el caso de que se hubiera interpuesto un recurso contencioso-**electoral** contra la **proclamación** de electos.

Añade que la prohibición que establece el *artículo 195. 1 de la LOREG* ha tenido como consecuencia la constitución contra legem del Ayuntamiento y al no quedar válidamente constituida la Corporación municipal, la consecuencia de dicha invalidez afecta a la validez de la propia sesión constitutiva de la Corporación y conlleva la nulidad del acuerdo por el que se eligió y proclamó al Alcalde de Frigiliana y por tanto de todos los actos posteriores que deriven de aquél, al incurrir dicho acto en la causa de nulidad prevista en el *apartado a) del artículo 62 LRJPAC*: vulneración del derecho del recurrente a acceder, en condiciones de igualdad, a los cargos públicos con los requisitos que señalan las leyes.

Suplica, por tanto, la actora se amplíe el recurso contencioso-**electoral** a la elección y **proclamación** del Alcalde de Frigiliana efectuado el día 16 de junio del presente año y, en consecuencia, el dictado de Sentencia en virtud de la cual se decreta, asimismo, la nulidad de dicho acto.

A lo anterior se opone la representación procesal del Partido Andalucista en su escrito de alegaciones de 25 de junio 2007 sobre la base de que en el momento en que se constituye el Ayuntamiento dicha parte desconocía por completo la interposición del recurso al habersele dado traslado del mismo el pasado día 21 de junio.

Por el Letrado de la Diputación Provincial de Málaga adscrito al SEPRAM, actuando -como se ha dicho- en representación del Ayuntamiento de Frigiliana, se considera inconsistente el argumento en que el recurso se basa, al fundarse en una norma que tiene un carácter meramente cautelar ya que, en definitiva, la cuestión va a tener una respuesta en la sentencia que se dicte, pues si prospera la impugnación contra el acto original, es evidente que ni el Ayuntamiento estaría válidamente constituido ni el Alcalde correctamente elegido.

Entiende dicha parte que la actora debió recurrir más bien la constitución misma del Ayuntamiento pues la elección del Alcalde es un acto posterior a aquélla pero aprovecha que ya existe un recurso contencioso-**electoral** para ampliar su objeto indebidamente, ya que la vía para recurrir aquélla es el recurso contencioso-administrativo ordinario; siendo, además, manifiesto que la impugnación de este acto sólo puede basarse en un vicio afectante al acto mismo de elección y **proclamación** del Alcalde (falta de quórum de votación, inasistencia del Secretario, etc...).

Afirma también que el Ayuntamiento no se ha constituido con absoluto desprecio de los más elementales normas del Estado democrático y de derecho, sino habiendo adoptado todas las precauciones posibles para evitar precisamente el incumplimiento del *artículo 195. 1 de la LOREG* ya que ante las noticias oficiosas aparecidas en prensa el Secretario Municipal contactó con las Salas del T.S.J. de Andalucía en Granada (a la que inicialmente la JEZ remitió el expediente de forma errónea) y Málaga, informando ambos secretarios la inexistencia del recurso. De otra parte la Junta **Electoral** de Zona (antes denominada JEZ) nada comunicó al Ayuntamiento sobre el particular, al contrario de lo que se hizo cuando se recurrió ante ella la **proclamación** de candidaturas. Para acreditarlo se adjunta la certificación correspondiente.

Por otra parte al comienzo de la sesión el Secretario informó a los asistentes de todas sus gestiones en demostración de lo cual se acompaña copia del acto y se manifiesta también que ningún representante del partido político impugnante informó al Ayuntamiento sobre este recurso.

Razones las anteriores por las que solicita el dictado de sentencia desestimatoria en relación con el presente recurso.

Por su parte el Ministerio Fiscal informa la estimación del recurso debiendo esperar la Constitución y elección a lo previsto en el *artículo 195 de la LOREG* y sin que sepa separar aquí ambos conceptos (Constitución y elección) pues el *artículo 196* incluye la elección del Alcalde dentro de la constitución de la Corporación lo que -estima- permite su análisis conjunto dentro de este procedimiento y, en todo caso, por aplicación supletoria del *artículo 34 de la Ley 29/98*.

SEXTO.- Esta Sala ha tenido ya ocasión de pronunciarse en sentencia de 14 de julio de 1999 sobre el principio de conservación de los actos electorales válidos y así se ha mantenido que la posibilidad de distinguir los diferentes actos del procedimiento **electoral** determina que las hipotéticas irregularidades o los hipotéticos motivos de invalidación de un acto trámite del procedimiento **electoral** no tienen por qué comunicar necesariamente su propia irregularidad o invalidez, de modo automático, a otros actos posteriores de ese procedimiento. Así lo han tenido el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de julio de 1993 que claramente expresa lo siguiente: "la norma general en el procedimiento administrativo, a cuya normativa general hemos de atenernos, según lo dispuesto en el *art. 120 de la LOREG* en lo no regulado expresamente en ésta, es la de conservación de los actos. Al respecto, el *art. 64 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común (reproduciendo prácticamente lo que disponía antes el *art. 50.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958* ...), dispone que "la nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero".

El principio aludido, definido en su redacción inicial por el *artículo 113 LOREG en su apartado 2 d)* y 3, ha sido interpretado y desarrollado en diferentes Sentencias tanto del Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, siendo la STC 24/1999 la que abordó abiertamente el problema al expresar que : "El primer problema ha de resolverse centrándose en la interpretación del *art. 113 LOREG, en su ap. 2 d)* ("Nulidad de la elección celebrada y necesidad de efectuar nueva convocatoria en la circunscripción correspondiente...") y en el 3 ("No procederá la nulidad cuando el vicio del procedimiento **electoral** no sea determinante del resultado de la elección. La invalidez de la votación en una o varias secciones tampoco comporta la nulidad de la elección cuando no se altere el resultado final"). Es claro que tal interpretación ha de trascender la técnica de la mera literalidad y dar entrada a una hermenéutica finalista donde tengan cabida, entre otros, los principios de conservación del acto, de proporcionalidad y de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales. (...) El principio de conservación de los actos válidamente celebrados, que, como recuerdan los demandantes en el R.A. 2.552/89, puede entenderse

recogido en el brocardo clásico "utile per inutile non vitiatur", y que en nuestro Derecho público está reconocido, entre otros preceptos, por los *arts. 50.2 y 52 LPA y 242 LOPJ*, tiende a restringir la sanción anulatoria no extendiéndola más allá de sus confines estrictos en cada caso, evitando que una indebida ampliación de sus efectos dañe derechos de terceros. Este Tribunal ha destacado, respecto a este principio, su "especial trascendencia en el Derecho público, dado el interés general presente en el mismo" [ATC (Pleno) 120/83, f. j. 4º], y su "indudable trascendencia en el Derecho electoral" (STC 169/87, f. j. 4º), señalando a este respecto (ibidem) que tal principio "encuentra su manifestación en el ap. 3 del propio *art. 113 de la Ley electoral*".

En este mismo sentido, la citada sentencia hace referencia a la "voluntad manifiestamente conservadora de los actos electorales válidamente celebrados, acogida en el inciso final del 113.3 LOREG, y en la necesidad de conservar el ejercicio de los derechos fundamentales de los electores (*art. 23.1 CE*) en todos aquellos casos que no se vean afectados por las supuestas o reales irregularidades apreciadas, es decir, conservando todos aquellos actos jurídicos válidos, que aquí implican el ejercicio de otros tantos derechos de sufragio activo (*art. 23.1 CE*) de los electores respectivos, que no habrían variado con o sin infracción **electoral**. Esta necesaria interpretación conservadora o restrictiva del 113 LOREG en su conjunto viene impuesta por exigencias constitucionales derivadas no sólo del tan invocado principio de conservación de actos jurídicos consistentes en el ejercicio de derechos fundamentales, sino también por otros concurrentes criterios hermenéuticos aplicados con reiteración por este Tribunal en orden a los derechos fundamentales, como es el de la necesaria proporcionalidad entre unos actos y sus consecuencias cuando éstas afectan a derechos fundamentales".

Más recientemente la STC, Sala 2ª, de 17 de julio de 2003 en su Fundamento Jurídico Cuarto viene a expresar que : "En relación con la invocación que en la demanda de amparo se hace del principio de conservación de los actos válidamente celebrados y su posible afectación por la Sentencia recurrida, ha de señalarse, como ha tenido ocasión de declarar este Tribunal, que dicho principio, que puede entenderse recogido en el brocardo clásico *utile per inutile non vitiatur*, y que en nuestro Ordenamiento está reconocido, entre otros preceptos, en el *art. 242 LOPJ EDL 1985/8754*, tiende a restringir la sanción anulatoria, no extendiéndola más allá de sus confines estrictos en cada caso, evitando que una indebida ampliación de sus efectos dañe derechos de terceros, habiendo destacado su especial trascendencia en el Derecho público, dado el interés general presente en el mismo (ATC 120/1983, de 21 de marzo) y su indudable trascendencia en el Derecho **electoral** (SSTC 167/1987, de 28 de octubre, FJ 4 EDJ 1987/167 ; 24/1990, de 15 de febrero, FJ 6 EDJ 1990/1571 ; 25/1990, de 15 de febrero, FJ 6 EDJ 1990/1724 )."

De otra parte como expresa el propio Tribunal Supremo, Sala 3ª, en Sentencia de 29 de mayo de 2002, la elección y **proclamación** de los Presidentes de las Corporaciones Locales, si bien culmina el proceso de designación de los mandatarios que han de presidir las respectivas Corporaciones, se efectúa en un segundo momento, evidentemente posterior al de **proclamación** de los resultados electorales y mediante votación de los miembros de dichas corporaciones, una vez constituidas (*artículo 196 LOREG*) imponiendo el legislador 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.

No existe sin embargo la posibilidad de acudir a este proceso especial y sumario en el supuesto de impugnación de la Constitución del Consistorio pues expresamente prescribe el *artículo 109 de la LOREG* que puede 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.

Ello explicaría por qué la parte actora no ha podido interponer recurso contra dicho acto (Constitución del Consistorio) previo a la elección del Presidente de la Corporación, en el presente proceso y por los trámites previstos en los *artículos 109* y siguientes.

Efectivamente el *artículo 195* ordena que las corporaciones municipales se constituyan en sesión pública el vigésimo día posterior a la celebración de las elecciones, salvo que se hubiese presentado recurso contencioso-**electoral** contra la **proclamación** de los concejales electos, en cuyo supuesto se constituyen el cuadragésimo día posterior a las elecciones.

Es evidente que en el presente supuesto este mandato no ha sido observado amparándose la Corporación actora en el hecho - asimismo evidente y probado- de que ni la Junta **Electoral** de Zona ni posteriormente la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J.A. con sede en Granada -a la que erróneamente fue remitido el recurso por aquélla- comunicado la interposición, como tampoco pudo hacerlo esta Sala dado que cuando el recurso tuvo entrada efectiva en la misma, la Corporación y había sido

constituida.

Con ser todo ello cierto no lo es menos que esta Sala no puede pronunciarse sobre la nulidad de la constitución así efectuada al no ser materia del recurso de que tratamos, pero sí debemos pronunciarnos sobre la nulidad o no del acto posterior de elección del Presidente de la Corporación de Frigiliana y vamos a hacerlo en el sentido de desestimar el recurso interpuesto al efecto, por entender que, en aplicación del principio de conservación de los actos válidamente celebrados, la Sala no va a declarar la nulidad del acto en cuestión, teniendo, en cuenta muy especialmente, el resultado desestimatorio del primer recurso interpuesto, lo que supone la no alteración de la composición del Consistorio de que tratamos, lo que, a su vez, conlleva que una nueva elección se celebraría con la intervención de los mismos Concejales electos que participaron en aquella, cuya nulidad se pretende, y por ello en nada afectaría al derecho del actor a acceder, en condiciones de igualdad, a los cargos públicos con los requisitos que señalan las leyes (*artículo 23. 2 CE*), ya que Los Verdes 2007 no habría obtenido ningún representante en el Consistorio que pudiera ver vulnerado este derecho fundamental.

De otra parte una nueva elección podría, supuestamente, perjudicar derechos adquiridos por terceros, no habiéndose manifestado por ninguno de los grupos políticos con representación en el Ayuntamiento de Frigiliana su deseo o intención de que se altere el statu quo ya conseguido y la voluntad popular así manifestada, oponiéndose firmemente a ello el Partido Andalucista y el Ayuntamiento de Frigiliana en los presentes autos.

Por otra parte nada se ha alegado como vicio afectante al acto mismo de elección y **proclamación** del Alcalde lo que supone un plus para aplicar el principio de conservación de actos y el de proporcionalidad.

Por todo lo anterior la Sala resolverá como es de observar en la parte dispositiva de esta Sentencia.

SÉPTIMO.- Conforme al *artículo 117 "Los recursos judiciales previstos en esta ley son gratuitos. No obstante proceder a la condena en costas a la parte o partes que haya mantenido posiciones infundadas, salvo que circunstancias excepcionales, valoradas en la resolución que se dicte, motiven su no imposición"*.

Vistos los preceptos legales de general aplicación,

## FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el Recurso Contencioso-**Electoral** interpuesto por la representación procesal de D. Luis Manuel , como representante **electoral** de Los Verdes 2007, contra el Acuerdo de la Junta **Electoral** de Zona de Vélez- Málaga, sobre **Proclamación** de Electos en las Elecciones Locales celebradas el 27 de mayo de 2007 en el municipio de Frigiliana (Málaga).

SEGUNDO.- Desestimar el Recurso Contencioso-**Electoral** también interpuesto contra el acto de Elección y **Proclamación** del Alcalde de Frigiliana efectuado el día 16 de junio del presente año.

TERCERO.- No efectuar declaración alguna en materia de costas procesales.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos.

Comuníquese esta Sentencia a la Junta **Electoral** de Zona de Vélez-Málaga y al Sr. Secretario de la Corporación del Ayuntamiento de Frigiliana.

Firme que sea la misma y con testimonio de ella, devuélvase el expediente administrativo a la Junta **Electoral** de Zona de Vélez- Málaga.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Iltra. Sra. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-