## Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo)###

Sentencia de 15 marzo 1986 RJ 1986\1090

**ELECCIÓN DE ALCALDES: evolución legislativa; normativa aplicable: es una elección de segundo grado al ser realizada entre los propios concejales; moción de censura para destitución de: levantamiento de sesión por alcalde para impedir su votación, continuándose la misma al día siguiente con resultado de éxito de la moción y elección de nuevo alcalde: impugnación basada en infracción de derechos fundamentales de participación en asuntos públicos. Ceuta.**

**Jurisdicción:**Contencioso-Administrativa

**Ponente:** Excmo Sr. Federico Carlos Sainz de Robles Rodríguez

La Sala de Sevilla dictó sentencia en 27 de septiembre de 1985, estimando el recurso interpuesto por D. Aurelio P. R. y trece concejales más del Ayuntamiento de Ceuta, contra acuerdo del Pleno Extraordinario del Excmo. Ayuntamiento de aquella capital, celebrado el 27 de junio de 1985, en extremo referente al levantamiento de la sesión por el entonces Alcalde D. Francisco F. A. y negativa a someter a votación los dos puntos del orden del día o de su censura o destitución y elección de otro Alcalde y los de 4 y 5 de julio así como contra las convocatorias, actuaciones y manifestaciones de dicho Sr. en los Plenos Ordinarios y Extraordinario de los mencionados días y de todas y cada una de las actuaciones y resoluciones administrativas llevadas a cabo por el mismo detentando la Alcaldía de Ceuta desde el 28 de junio impidiendo el ejercicio de la misma a D. Aurelio P. R. El fallo de dicha Sala anula los actos en cuestión en cuanto los referidos Plenos y actos violen el art. 23 de la Constitución dejando a salvo la facultad de convalidación de la Corporación de aquellos acuerdos y actos que lo permitan legalmente. Asimismo se declara la validez del acuerdo tomado por los recurrentes a las 0,50 horas del día 28 de junio de 1985 y como consecuencia el derecho de D. Aurelio P. R. a ocupar inmediatamente la Alcaldía de Ceuta para la que fue elegido por la mayoría absoluta de los Concejales, con expresa condena en costas al Excmo. Ayuntamiento referido.

Interpuesto recursos de apelación por D. Francisco F. A. y D. Aurelio P. R. y los otros Concejales que interviniesen en Primera Instancia, el T. S. declara la nulidad de los siguientes extremos:

1.º Todos y cada uno de los actos y resoluciones llevados a cabo por D. Francisco F. A., detentando la Alcaldía de Ceuta, desde el 28 de junio de 1985, en cuanto han impedido el ejercicio de las funciones de Alcalde por D. Aurelio P. R.

2.º La actuación de D. Francisco F. A. en la sesión plenaria del 4 de julio de 1985, negándose a abandonar la presidencia de la misma e impidiendo la ostentara D. Aurelio P. R.

3.º Las convocatorias de plenos ordinario y extraordinario y urgente, respectivamente, para los días 4 y 5 de julio de 1985.

4.º La actuación y manifestación del Sr. F. A., en pleno extraordinario del día 5 de julio de 1985, en el que tras negarse a abandonar la presidencia de la Corporación, reiteró su condición de Alcalde de Ceuta y ordenó el desalojo de los discrepantes, por la fuerza pública, desestimando las demás pretensiones y declarando no haber lugar a la imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO:

El contenido esencial del artículo 23.1 de la Constitución (RCL 1978\2836), es decir, el derecho de los ciudadanos a la participación en los asuntos públicos por sí, o por medio de representantes (libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal), está sujeto, evidentemente, a la disciplina legal de tales asuntos, en cuanto a la forma, ejercicio y modalidades de la participación; pero lo que la Ley no puede impedir es que, efectivamente, se participe, de suerte que si la ordenación que ella introduce se traduce, efectivamente, en un obstáculo a la participación, habrá que entender que tal legislación vulnera el contenido esencial del derecho correspondiente, con lo cual todos los poderes públicos -y, singularmente, el judicial- habrán de hacer prevalecer lo dispuesto en el artículo 53.1 de la Constitución. Pero, antes, es preciso y obligado que los jueces agoten la vía interpretativa para acomodar la norma -legislativa- al ordenamiento constitucional; así lo prescribe el artículo 5.3 de la Ley orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578).

SEGUNDO:

Esto dicho, en el plano abstracto de los principios, hay que precisar: 1.º Que determinado, con toda claridad, el sistema electoral para la designación de concejales (voto igual, secreto, libre, directo y universal), tanto en la Ley 39/1978 (RCL 1978\1554), de Elecciones Locales, como en la Ley 7/1985 (RCL 1985\799y 1372), reguladora de las Bases del Régimen local, esta última (artículo 19.2) remite a la legislación general electoral la posibilidad de decidir si el Alcalde es elegido por los concejales o por los vecinos; la Ley Orgánica 5/85 (RCL 1985\1463) opta por la primera fórmula (artículo 196), que reproduce, en este punto, la que ya había adoptado la Ley 39/1978 (artículo 28); por lo tanto, el que la elección de alcalde sea de primero o de segundo grado, constituye una opción entregada a la libre decisión del legislador; 2.º Es un hecho, como acaba de verse, que hasta ahora, el legislador ha encontrado preferible la elección de segundo grado; **3.º Igualmente, hay que subrayar que, antes de la vigencia de la Ley 7/1985, por integración jurisprudencial de una evidente laguna y después de ella, por precepto expreso de la misma (artículo 22.3), de manera congruente con toda elección de segundo grado, el legislador ha optado por admitir la destitución de los alcaldes, a través de una moción de censura, debidamente deliberada y votada en sesión plenaria, con «quorum» específico, tanto para la presentación como para la adopción de acuerdos;** 4.º Que el único aspecto que, en esta cuestión, atañe al contenido de derechos fundamentales, es el que se refiere al ejercicio de los cargos públicos -de concejales y alcaldes- y no a su resultado; en otros términos, el que posibilita que, en el marco legal, los concejales promuevan las mociones y el alcalde haga cumplir las prescripciones atinentes, presida la sesión y dirija los debates. No sólo, evidentemente, sobre las mociones de censura, sino sobre todas las que afecten a la vida municipal y correspondan según el reparto legal de competencias, a concejales y alcalde.

TERCERO:

En sentencia de esta misma fecha, la Sala ha declarado que, **pese a lo dispuesto en el artículo 197 y en la tercera disposición transitoria de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de Junio, o, más exactamente, en virtud de lo que ambos preceptos disponen, a saber, los requisitos para proponer una moción de censura y subsiguiente destitución de alcalde, no es posible ni armoniza con los principios del funcionamiento del gobierno municipal, que quede suspendida hasta las primeras elecciones locales (celebradas según aquella Ley), la tramitación de esta clase de mociones, en cuanto la negativa o resistencia a hacerlo supone un serio menoscabo del libre y pleno ejercicio del cargo público de concejal, directamente elegido por los ciudadanos**. Esto es inherente al funcionamiento democrático de los ayuntamientos, mientras que la exigencia de determinados requisitos para presentar mociones de censura es tema que atañe, exclusivamente, al poder legislativo, que lo conformará, durante su mandato, en la forma y modo que repute más satisfactorio a los intereses generales.

CUARTO:

**Admitida la moción de censura , antes de las Leyes 7/85 y orgánica 5/85, por doctrina jurisprudencial, que esta última norma recibe como válida y constitucional**; admitida, igualmente, por esta Sala la eficacia de tales mociones , en cuanto deben provocar la convocatoria y celebración de un pleno municipal en que sean debatidas, incluso tras la vigencia de aquellas leyes, es evidente que, en la cuestión que ahora se debate, encontramos, por lo pronto, un acuerdo municipal, adoptado en la sesión plenaria del 27/28 de Junio de 1985, por el que la mayoría absoluta de los concejales del Ayuntamiento de Ceuta , aceptando la moción de censura , destituyó al hasta entonces Alcalde Sr. F. A. y nombró para el mismo cargo al Sr. P. R. Separando, de momento, las objeciones que a la legalidad de tal acuerdo puedan oponerse (y que serán examinadas a continuación), **es evidente que se produjo un acto administrativo municipal que reviste todas las características precisas para su eficacia y ejecutividad, y de presunción de legalidad, que sólo podía ser eliminada mediante el oportuno recurso**. El amparo que solicitan el Sr. P. y otros trece concejales no puede versar sobre obstáculos puestos por el Sr. F. al libre ejercicio de su cargo en cuanto a tramitar la moción de censura y convocar el pleno para debatirla, puesto que a ambas cosas accedió el Alcalde; tampoco puede versar sobre el acto de éste, levantando la sesión del 27/28 de Junio con objeto de impedir la votación de la moción y esto, porque si se admite -como entiende la Sala «a quo» y también ésta, por las razones que en seguida se expondrán- que la sesión celebrada a continuación , en otra sala del edificio y con distinta presidencia, es válida, no cabe duda, como más arriba se dijo, que el objeto de la moción quedó plenamente satisfecho con la destitución del Sr. F. y el inmediato nombramiento del Sr. P. (número dos de la misma lista que aquél); el amparo solicitado sólo puede versar sobre los hechos y actos del alcalde destituido en cuanto impidieron el libre ejercicio de sus cargos por parte de los concejales asistentes a la última parte de aquella sesión y del propio alcalde designado en ella: en concreto, las pretensiones ejercitadas en la demanda y señaladas con los ordinales del primero al cuarto. Hay que insistir en que la quinta, a la que acabamos de referirnos, no admite una tercera solución: o el acto del Sr. F., impidiendo la votación, debe ser retirado como acto de agresión a un derecho fundamental de los recurrentes, pero, en tal hipótesis, es claro que el Sr. P. no llegó a ser Alcalde de Ceuta y la solución de adoptar por los tribunales, en sede de amparo, consistiría en obligar al Sr. F. A. a proseguir la sesión a fin de votar la moción ; o, por el contrario, se admite que el levantamiento de la sesión no impidió la votación válida ni el acto doble de destitución y nombramiento y por tanto, el amparo ha de referirse exclusivamente a los actos y vías de hecho realizados por quien ya no era Alcalde , en cuanto creaban obstáculos para el ejercicio de sus cargos a quien ya lo era y al resto de los concejales. Si se admitiera la primera solución, es evidente, que las cuatro primeras pretensiones habrían de ser desestimadas.

QUINTO:

**La Sala, al igual que la de instancia, entiende que la destitución del Sr. F. y el nombramiento del Sr. P., en la sesión del 27/28 de Junio de 1985, son actos administrativos que alcanzan plena eficacia en tanto no sean combatidos conforme a los medios impugnatorios que el derecho establece**.

Como acertadamente se advierte en la sentencia recurrida, es evidente e indiscutible: 1.º Que la sesión plenaria comenzada el día 27 de Junio de 1985, continuó a las 0,50 horas del 28 por unánime decisión de todos los capitulares; 2.º Que no se impidió al entonces alcalde Sr. F. su asistencia a la misma; tampoco se impidió la de ningún concejal, por lo que su ausencia dependió estrictamente de su voluntad; 3.º Que, no sólo por las razones que se indican en la sentencia de instancia -y que esta Sala comparte en su totalidad- sino porque la eficacia del ordenamiento jurídico y su prevalencia frente a actitudes no justificadas impone el desconocimiento de éstas cuanto aquella eficacia puede desplegarse por sí misma, debe concluirse que la sesión en que se destituyó al Sr. F. y se nombró al Sr. P., era continuación, o más propiamente, la misma iniciada el día 27; y en esta perspectiva, es claro que la ausencia de aquél y de los otros capitulares, debe valorarse según el artículo 46,2,d), párrafo segundo, de la Ley 7/1985, como abstención, máxime cuando el acuerdo final fue ratificado en sesión posterior; 4.º Que no cabe duda de que el acuerdo cuestionado fue adoptado con «quorum» suficiente y en sesión presidida por aquél a quien correspondía, dada la ausencia voluntaria del alcalde y de los tenientes de alcalde.

SEXTO:

Procede, por último, establecer el alcance de la parte dispositiva. Debe insistirse en que, por lo expuesto, no cabe ni anular «la resolución del Sr. F. A. (en lo que fuere menester) en la sesión extraordinaria del Pleno de la Corporación convocado por él para el día 27 de Junio, en la que, levantando la sesión se negó a que fuera sometido a votación los dos puntos del Orden del día ...» (punto quinto de la súplica de la demanda) en cuanto se reputa inexistente en derecho y, en consecuencia, ineficaz para impedir la validez del acuerdo plenario del 28 y el pleno despliegue de sus consecuencias que son, precisamente, las que propician el amparo de las restantes pretensiones de la demanda. Pero, tampoco cabe, como hace la sentencia de instancia, declarar la validez de tal acuerdo, sino, simplemente, partir de ella. Y esto, porque no corresponde al presente proceso hacer pronunciamientos que corresponden a la esfera de la legalidad ordinaria y, porque, de no entenderlo así, quedaría bloqueado el análisis de las cuestiones que inciden en el ejercicio de derechos fundamentales amparados por el artículo 23 de la Constitución. Es, por el contrario, inocuo recordar que la Corporación puede convalidar los actos que admitan este procedimiento de subsanación.

SEPTIMO:

Trasladando estos razonamientos al pronunciamiento sobre costas, debe significarse: a) que, en ningún caso, puede entrar en contienda, sobre este punto, el Ayuntamiento de Ceuta, toda vez que la discusión está trabada entre concejales y alcalde por la misma índole y contenido de la acción emprendida; b) que el pronunciamiento de instancia debió ser una estimación parcial del recurso, ya que la quinta pretensión de la demanda hubo de ser desestimada, de lo que se infiere que resultó, en cualquier supuesto, improcedente la condena en costas, a la vista del artículo 10.3 de la Ley 62/1978 (RCL 1979\21), ni siquiera a las partes personadas en autos.

OCTAVO:

El recurso de apelación del Sr. F. A. introduce, sin embargo, cuestiones nuevas, puesto que no sólo pretende la revocación de la sentencia apelada, sino una declaración de doble alcance: la anulación de los actos realizados, en su condición de alcalde, por el Sr. P. R. y la inmediata reposición como tal, del Sr. F. A. Ambas pretensiones deben ser desestimadas, según lo ya expuesto, y como confirmación de los argumentos desarrollados en esta sentencia, ya que una y otra debieron, en su caso, ser objeto de un recurso contencioso-administrativo ordinario sobre legalidad municipal, por versar sobre el acuerdo plenario de 28 de Junio de 1985 y no sobre el ejercicio, por alcalde y concejales, de su derecho fundamental derivado de la investidura de un cargo público. Finalmente hay que señalar, que el Sr. F. A. no pretendió ni ejercitó acción alguna contra los actos producidos, en su condición -legal o presunta- de Alcalde, por el Sr. P., por lo que la súplica de su escrito de apelación vendría a constituir una verdadera reconvención y por ello mismo, rechazable tanto en razón del ámbito propio del contencioso admisible en este proceso sumario y urgente, pero que, paradójicamente parte y se basa en la legalidad y eficacia de la investidura como alcalde del Sr. P. R., ya que postula su anulación.

NOVENO:

Tampoco procede, pues, condena en las costas de esta segunda instancia al estimarse parcialmente el recurso.