

Voto Particular que formula el Magistrado D. Andrés Ollero Tassara respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 21 de diciembre de 2017 dictada en la Cuestión de Constitucionalidad núm. 5210/2014.

En ejercicio de la facultad que confiere el art. 90.2 de LOTC 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 la Cuestión de Constitucionalidad núm. 5210/2014.

1. El motivo principal de mi discrepancia se centra en un decisivo aspecto del Fallo de la Sentencia. Sin perjuicio de compartir su declaración sobre la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo tercero del art. 197.1 a) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, no ocurre lo mismo con el alcance previsto en relación a sus efectos, fijados por remisión al Fundamento Jurídico octavo.

En él se afirma: “La nulidad inmediata que, como regla y de acuerdo con el art. 39.1 LOTC, sigue a un pronunciamiento de inconstitucionalidad, debe ser matizada en este caso concreto ya que la anulación de la disposición cuestionada podría generar alteraciones en procedimientos de exigencia de responsabilidad política en curso por la ausencia de un régimen jurídico alternativo y respetuoso con la Constitución que cohoneste el principio de igualdad en el ejercicio de las funciones representativas y la prevención de los efectos perversos causados por el transfuguismo en los legítimos fines declarados por la norma. Por ello, la nulidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad debe quedar diferida hasta la convocatoria de un nuevo proceso de elecciones locales, de conformidad con lo previsto en el art. 42.3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen 962 Electoral General, periodo de tiempo en el que el legislador podrá proceder, en su caso, a sustituir la norma declarada nula observando el contenido de este pronunciamiento”.

No comparto la opción, para mí sorprendente, por una *nulidad diferida* de la norma cuestionada. Ello equivale a establecer que una norma declarada inconstitucional debe no obstante seguir en vigor dejando en manos del legislador el momento en que, si lo estima oportuno, deberá sustituirla, considerarla efectivamente nula y, en consecuencia, expulsarla del ordenamiento jurídico. No ignoro que en ocasiones anteriores este Tribunal ha optado por diferir los efectos de sus pronunciamientos; pero se trataba de

casos en los que se constataba que el legislador había omitido algún aspecto, lo que generaba la inconstitucionalidad de la norma (así, SSTC 138/2005, de 26 de mayo, y 273/2005, de 27 de octubre), o había incumplido un trámite procedimental inexcusable (SSTC 164/2013, de 26 de septiembre, 164/2014, de 7 de octubre, y 13/2015, de 5 de febrero, FJ 5, por todas), o por inadecuación del instrumento normativo utilizado (SSTC 132/2010, de 2 de diciembre, y 164/2014, de 7 de octubre), o la inconstitucionalidad derivaba, no del contenido de la ley sino del incumplimiento de exigencias formales (SSTC 152/2014, de 25 de septiembre, FJ 6 b) 164/2014, de 7 de octubre, FJ 3) o de la imprevisión de aspectos materiales (STC 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22 y 23). Por esas razones se instaba al legislador a subsanar el defecto en un plazo prudencial, renunciando el Tribunal a asumir funciones de legislador positivo que no le son propias. No es esta la situación ante el problema que nos ocupa, lo que lleva a proclamar la validez de una norma declarada inconstitucional hasta que el legislador lo considere oportuno, con una fecha tope que haría efectiva tal nulidad, de persistir en su actitud omisiva.

2. El texto de la sentencia aborda la problemática compatibilidad entre el juego del principio representativo, propio de la vinculación entre el cargo electo y los ciudadanos electores, y las posibles limitaciones derivadas del intento de poner freno a las consecuencias del *transfuguismo* y sus posibles riesgos de traición a la voluntad popular y perjuicio para la estabilidad de los gobiernos municipales. Paradójicamente la Sentencia parece inclinarse inicialmente por una actitud comprensiva hacia la norma cuestionada, reconociendo su papel de objetivo legítimo para poner freno al transfuguismo. Al servicio de tal fin se impone, en las posibles mociones de censura a un Alcalde y la simultánea sustitución por un sucesor, un peculiar quorum de mayoría, que la incrementa en el mismo número de concejales que los que se hayan convertidos en no adscritos, por abandono, expulsión o “cualquier causa” que los desvincule del grupo municipal del Alcalde en el que inicialmente se incluyeron.

El órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad detecta, con acierto, unas restricciones a los derechos reconocidos por el artículo 23.2 CE, que “convierte en meramente nominal la posibilidad de que dichos concejales no adscritos impulsen una moción de censura”. El Fiscal General del Estado considera que el perseguido es “un fin legítimo” y que el “quorum reforzado” no anula el ejercicio de la función representativa de los concejales no adscritos”; mientras el Abogado del Estado recuerda que el derecho citado es de configuración legal, subrayando “la prevalencia del

principio representativo” y que a la vez permite “no defraudar la voluntad popular” (FJ 1).

Ciertamente las primeras sentencias de este Tribunal sobre este problema (SSTC 5/1983, de 4 de febrero; 10/1983, de 21 de febrero; 16/1983, de 10 de marzo; 20/1983, de 15 de marzo; 28/1983, de 21 de abril y 30/1983, de 26 de abril) fueron motivadas por los intentos de algún partido político de despojar de su cargo a un concejal al que había expulsado por discrepancias internas. Se acentuó entonces la defensa del principio de representación, que entendía que era con los electores y no con el partido con los que había surgido un vínculo para el concejal digno de respeto. Se reconoció particular relevancia al hecho de tratarse de unas elecciones en lista cerrada, en las que, con frecuencia, se votaba más al partido que al no siempre muy conocido candidato. Con el tiempo, los casos de transfuguismo aumentaron, no pocas veces relacionados con sospechas de corrupción, desembocando en la reforma legal ahora cuestionada.

3. Ya en el FJ 4 de la Sentencia se reconoce que “la moción de censura aparece como una pieza clave de la forma de gobierno local”; que “configura el *ius in officium*, el estatus representativo de los concejales”, formando parte “del núcleo de su función de representación política, siendo su regulación norma de desarrollo directo del art. 23.2 CE”. El drástico incremento de la mayoría necesaria para que prospere una moción de censura “puede hacer inviable en una pluralidad de escenarios, como es notorio, la tramitación de aquella iniciativa de control del gobierno municipal”, insinuándose incluso que tal “podría ser el caso del supuesto de autos” cuestionado.

En el FJ 6 se insistirá en que “la garantía de igualdad que se contiene en el art. 23 CE ha de armonizarse además, de manera insoslayable, con la libertad de mandato”, que excluye el imperativo, y se resalta que “las funciones del núcleo de derechos y facultades de los cargos electos se atribuyen a su titular y en condiciones de igualdad, y no al partido político o grupo en el que se integre”.

Se echa de menos una obligada alusión al carácter excesivamente personalizado de la modificación del quorum mayoritario previsto. Al vincularse al número de concejales *no adscritos* que suscribieran la moción de censura, tras haber estado vinculados al grupo municipal del Alcalde, se da paso a fórmula que se activa *intuitu personae*, casi cobrando aires de sanción. Esto la convertiría en una medida *no necesaria*, en el sentido de que “no exista otra medida menos lesiva para la consecución de tal fin con igual eficacia” (FJ 7). Bastaría para encontrarla optar por una mayoría basada en criterios objetivos, como las de dos tercios o tres quintos a las que con

frecuencia se acude en otros casos; sobre todo como quorum reforzado con motivo del intento de reelección de un candidato.

En consecuencia no comparto, desde luego, que la medida propuesta por la norma cuestionada pueda “estimarse necesaria”, argumentando que “los concejales proponentes que hayan dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribieron al inicio de su mandato no ven limitado su derecho, conservando la facultad de participar en la votación como cualquier otro concejal. En suma, se persigue dificultar su acción de promoción de la moción para evitar incidencias en la estabilidad en la vida municipal, sin añadir a ello, sin embargo, un escenario de restricción o distorsión abierta de su derecho en la fase de decisión.” Considero más bien que en realidad el derecho a que se tenga en cuenta el sentido de su voto resulta aniquilado; parece invitársele a que consiga que otro concejal lo suscriba si quiere que tenga algún efecto, ya que es su presunta intención de voto lo que ha generado una duplicidad a la hora de evaluar el quorum requerido.

Al final se argumentará, dando por existente la idoneidad y necesidad de la medida, que “el legislador soslaya que la aplicación de la norma no solo puede dificultar sino incluso hacer del todo inviable en una pluralidad de escenarios la propia tramitación de aquella iniciativa de control del gobierno municipal, vetando la exigencia de responsabilidad y la remoción del Alcalde”. Se concluye pues que “la anomalía que ha incidido negativamente en el sistema democrático y representativo y que se ha conocido como «transfuguismo»” no puede intervenir por el legislador con restricciones al *ius in officium* (STC 9/2012) que impacten en el ejercicio natural del cargo público al amparo de la libertad de mandato con base en razones asociadas, sin adjetivos, a la vinculación orgánica o política, sin fundamentos añadidos”. “El artículo 23.2 CE, por tanto, resulta violado, porque la legalidad a la que remite es, en este caso, contraria a la Constitución y, en especial, a la naturaleza de la representación política. En consecuencia, debe declararse su inconstitucionalidad”.

4. Tras lo expuesto, sigo considerando que la obvia inconstitucionalidad de la medida ha de acarrear su nulidad e inmediata expulsión del ordenamiento jurídico. La situación volvería así a ser la existente antes de la cuestionada reforma legal, con los ya señalados riesgos de transfuguismo a los que el legislador, en el plazo que considere oportuno, habrá de hacer frente recurriendo a criterios no personalizados sino de carácter objetivo, como los arriba sugeridos.

Partiendo de estas reflexiones, me veo obligado a emitir mi Voto particular Madrid a veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete.