

EL DISCUTIBLE RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS

MARÍA JOSÉ ALONSO MAS
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia

1. LA FIGURA DEL CONCEJAL NO ADSCRITO A NINGÚN GRUPO POLÍTICO MUNICIPAL EN LA NORMATIVA BÁSICA ESTATAL Y EN LA NORMATIVA AUTONÓMICA.—2. LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE NO ADSCRIPCIÓN PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 73.3 DE LA LEY 7/1985: A) *Miembros de la Corporación que no se integren en el grupo político constituido por la formación electoral para la que fueron elegidos.* B) *Miembros de la Corporación que abandonen el grupo político de procedencia.* C) *Consideraciones comunes a los distintos supuestos de no adscripción.*—3. CONSECUENCIAS DE LA NO ADSCRIPCIÓN A NINGÚN GRUPO POLÍTICO EN LA NUEVA REGULACIÓN BÁSICA ESTATAL: A) *Consecuencias generales sobre la organización de la Corporación y la constitución de los grupos políticos municipales.* B) *Consecuencias sobre los derechos económicos y sobre la disposición de medios materiales de la Corporación.* C) *Consecuencias de la no adscripción sobre los derechos de participación de los concejales.*—4. LA ADMISIBILIDAD DE LA FIGURA DEL CONCEJAL NO ADSCRITO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL EJERCICIO DEL CARGO PÚBLICO REPRESENTATIVO SIN PERTURBACIONES ILEGÍTIMAS: A) *Planteamiento.* B) *Análisis de la jurisprudencia relativa a los miembros no adscritos de las Corporaciones locales.* C) *La cuestionable adecuación y proporcionalidad del régimen jurídico de los concejales no adscritos.* D) *La remisión al reglamento orgánico y a la legislación autonómica: alcance y significado.*—5. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

El presente trabajo aborda la problemática surgida con la introducción, a raíz del pacto de 1998 sobre transfuguismo en las Corporaciones locales, de la figura del concejal no adscrito a ningún grupo político; lo que se ha recogido a nivel de legislación básica por el artículo 73.3 de la Ley 7/1985, introducido por Ley 57/2003, si bien con anterioridad la figura ya se había recogido en diversas legislaciones autonómicas. Los problemas vienen dados por el recorte que la condición de no adscrito puede comportar en los derechos, tanto económicos como de participación, de quienes se hallan en esa situación, así como de la misma indefinición del régimen jurídico recogido en la normativa estatal; lo que exigirá un esfuerzo de mayor precisión en las normas autonómicas que la desarrollen. Asimismo, parece precisa una interpretación restrictiva de la figura, que deje fuera los casos de expulsión del partido.

ABSTRACT

The present work explains the problems appeared with the introduction, in Spanish city councils, of councillors who do not begin to any political group. This new figure has been introduced, in stately Law, in 2003; the reason has been the previous pact, in 1998, to avoid unjustified changes of political adscription by those local councillors. In fact, in spite of it, this figure had already been introduced in regional Law in some Autonomic Communities before the reform of stately Law. The problems are due of the decreasing of economical and political rights of these councillors who begin to no political group. But perhaps still more problems are due to the same fault of precision in the design of juridical effects in the stately law; this surely will make necessary a great effort of precision in regional norms which develop it. Besides, it seems necessary to defend a restrictive meaning of that figure; so we think that in case of expulsion of the group or party it is not possible to use it.

1. LA FIGURA DEL CONCEJAL NO ADSCRITO A NINGÚN GRUPO POLÍTICO MUNICIPAL EN LA NORMATIVA BÁSICA ESTATAL Y EN LA NORMATIVA AUTONÓMICA

La Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, ha introducido en la legislación básica estatal la figura de los miembros de las Corporaciones locales no adscritos a ningún grupo político; figura ésta que, en todo caso, ya había aparecido con anterioridad en algunas legislaciones autonómicas¹.

El precepto se introdujo a consecuencia de una enmienda presentada por el grupo socialista en el Congreso; enmienda que, a su vez, respondía al previo acuerdo, suscrito en 1998 por la práctica totalidad de las fuerzas políticas, para la adopción de un código de conducta en las entidades locales ante situaciones de transfuguismo.

Concejales no adscritos, conforme al artículo 73.3 de la Ley 7/1985, son los que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia. Con anterioridad, los miembros de las entidades locales en esta situación pasaban a integrarse en el grupo mixto; en la actualidad, en este grupo parece que se integrarán sólo aquellos que, desde el principio, integren una formación que no tenga los suficientes miembros como para constituirse en grupo independiente.

En efecto, en ocasiones, el reglamento orgánico establece un número mínimo de miembros para los grupos²; también algunas legislaciones autonómicas establecen previsiones semejantes. En estos casos, nos podríamos preguntar si cabría acudir a la figura del con-

¹ En este trabajo, nos centraremos ante todo en la figura de los concejales no adscritos. En relación con los diputados provinciales, al ser representantes de segundo grado, podrían entenderse matizables las conclusiones a las que lleguemos. Sin embargo, también los diputados provinciales son cargos públicos representativos de carácter electivo; y de hecho algunas sentencias efectúan precisiones de interés en relación con los diputados no adscritos.

Hay que hacer notar, desde otro punto de vista, que el hecho de que los diputados provinciales sean, además, concejales puede provocar situaciones curiosas, como la no adscripción en el Ayuntamiento y la adscripción en la Diputación, por ejemplo. En fase de corrección de pruebas se ha publicado el trabajo de T. GONZÁLEZ DEL TESO, «Transfuguismo y concejales no adscritos (a propósito de la reforma de la LBRL por la Ley 57/2003)», *Justicia Administrativa*, 27, 2005, págs. 35 ss. Vid. asimismo A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ y S. BALLESTEROS ARRIBAS, *Comentarios a la legislación básica de régimen local*, coord. M. J. DOMINGO ZABALLOS, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2005, págs. 1354 ss.

² En Murcia, artículo 27 de la Ley 6/1988, el número mínimo para constituir grupo es de dos miembros, salvo en el caso del grupo mixto, que puede quedar constituido con sólo un concejal. También pueden constituir grupo independiente los concejales de aquellos partidos, federaciones o coaliciones que hubieran obtenido, al menos, el ocho por ciento de los votos emitidos por el conjunto del municipio.

La STS de 20 de mayo de 1988 (RJ 4194) señala que el ente local puede, mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria, determinar el número mínimo de miembros para formar grupo. Vid. asimismo STS de 15 de septiembre de 1995 (RJ 6701), que aclara que no cabe regular los grupos mediante actos singulares, sino mediante normas organizativas. Puede también consultarse STSJ de Cantabria de 3 de abril de 2000 (RJCA 808).

cejal no adscrito cuando no se llegue al número mínimo de miembros para formar el grupo mixto. Antes de la Ley 57/2003, como veremos, la jurisprudencia ha mantenido una línea negativa; lo que se puede seguir sosteniendo, ya que la nueva regulación no está pensando en ese caso³. Y ello ni tan siquiera cuando sólo una persona haya sido elegida por determinada lista electoral: en estos supuestos, si se prevé la exigencia de un mínimo de miembros para formar grupo, esa persona pasará al grupo mixto; en caso contrario, podrá constituir su propio grupo.

Las diferencias con la legislación básica anterior son notables, ya que, con claridad a partir de la Ley 11/1999, imperativamente todos los miembros de la Corporación se integraban en algún grupo⁴; la STC 30/1993 afirma que el trabajo en la Corporación se estructura a través de la figura del grupo.

Como he anticipado, con unos u otros matices, la figura de los concejales no adscritos ya se encontraba en algunas normas autonómicas. Así, el artículo 32 de la Ley madrileña 2/2003 señala que serán no adscritos tanto los concejales que no se integren en el grupo correspondiente como los que abandonen la correspondiente formación política. Esta Ley señala, además, que estos concejales no adscritos tendrán todos los derechos inherentes a su condición individual de concejal, pero no los que deriven de su pertenencia a un grupo; lo que, como veremos, puede ser problemático⁵.

Por su parte, el artículo 50 del Texto refundido catalán de régimen local, aprobado por Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, establece que aquellos que abandonen su grupo de procedencia no se integran en el grupo mixto, sino que quedan como no adscritos; salvo el caso de abandono de una coalición por uno de los partidos que la componen (supuesto éste que, como veremos, la Ley 57/2003 configura también como un caso de no adscripción, con matices en cuanto a sus efectos). En cualquier caso, el Texto refundido catalán añade expresamente que quedan a salvo los derechos individuales, incluidos los de carácter material y económico, integrantes del estatuto de los

³ El Libro Blanco para la reforma de la Administración Local señala expresamente que debe garantizarse el derecho a integrarse en el grupo mixto de los electos procedentes de listas o candidaturas que no alcancen el mínimo previsto en el reglamento orgánico.

⁴ En el Libro Blanco para la reforma de la Administración Local se afirma que la pertenencia a grupos se debe considerar obligatoria en los municipios a partir de 1.000 habitantes, en la medida en que los mismos constituyen una vía de racionalización de la vida política de los órganos colegiados locales. Véase GONZÁLEZ DEL TESO, «Transfuguismo...», cit., pág. 55, quien afirma que no es racional exigir la constitución de grupos políticos en municipios cuyo número de concejales sea muy reducido.

⁵ Sobre los derechos de los concejales puede verse, en general, M. P. BENSUSAN MARTÍN, «Derechos de los concejales en el ordenamiento jurídico español», *REAL*, 291, 2003, págs. 117 ss.; de la misma autora, *El concejal en el Ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 1999, págs. 68 ss.

miembros de las Corporaciones locales, y que estos concejales participan en las actividades del Ayuntamiento de manera análoga al resto. Por lo demás, esta normativa catalana concibe de modo más restrictivo que la legislación básica estatal la noción de concejal no adscrito.

Asimismo, la Ley riojana 1/2003, artículo 122, regula los concejales no adscritos, que son los que abandonan su grupo. El precepto añade que sus actuaciones serán análogas a las del resto; pero se aclara que aquellos que abandonan su grupo o dejan de formar parte de él pierden los puestos en las comisiones para las que habían sido nombrados por ese grupo, así como la posibilidad de ostentar la dedicación exclusiva. Si bien la pérdida de sus puestos en las comisiones parece razonable, ya que formaban parte de ellas por designación del grupo, lo que no parece adecuado es la imposibilidad de la exclusiva, sobre todo en el caso de expulsión del partido.

También el artículo 111 de la Ley aragonesa 7/1999⁶ dispone que cuando el concejal deje de pertenecer al grupo perderá no sólo sus puestos en las comisiones, sino también la posibilidad de estar en exclusiva; el artículo 112 aclara que los no adscritos carecen de portavoz. Estos preceptos deberían interpretarse restrictivamente, y circunscribirse su aplicación a los casos de abandono voluntario, sin perjuicio de lo que luego diré.

2. LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE NO ADSCRIPCIÓN PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 73.3 DE LA LEY 7/1985

La Ley estatal establece un concepto muy amplio de concejal no adscrito, más amplio que el que utiliza en ocasiones la legislación autonómica. Hay que entender que, como norma básica que es, el artículo 73.3 de la Ley 7/1985 establece una regulación de mínimos; de forma que, en todo el territorio nacional, deberán considerarse como concejales no adscritos todos los incluidos en la norma básica, aunque la Ley autonómica no lo diga.

Pero, por otra parte, podríamos plantearnos si, teniendo en cuenta la peculiar función de la Ley 7/1985, en este caso la misma posee una mayor operatividad frente a la legislación autonómica. Pensemos que, de acuerdo con su Preámbulo, esa Ley tiene como misión garantizar unos mínimos de autonomía local en todo el territorio nacional⁷. Además, las normas reguladoras del estatuto de los miem-

⁶ Esta Ley, por cierto, establece que los grupos municipales sólo son obligatorios en los municipios de más de 5.000 habitantes; lo que no parece conforme con el artículo 73.3 de la Ley 7/1985. El artículo 50 del Decreto legislativo catalán 2/2003 exige únicamente la constitución de los grupos políticos municipales en los municipios de más de 20.000 habitantes.

⁷ Puede verse mi comentario al Preámbulo de la Ley de bases de régimen local, en el li-

bros de las entidades locales constituyen un desarrollo del derecho de participación política; desde esta perspectiva, se puede entender que la Ley básica estatal persigue también el establecimiento de unas garantías mínimas aplicables a todos los miembros de las entidades locales.

Desde este punto de vista, si tenemos en cuenta las negativas consecuencias de la no adscripción, que después examinaremos, se podría entender que las leyes autonómicas no pueden tipificar nuevos casos de no adscripción no regulados en la Ley básica estatal.

Me da la impresión, en todo caso, de que las normas autonómicas dictadas antes de la Ley 57/2003 y que regularon, de un modo u otro, la figura de los concejales no adscritos nacieron viciadas de inconstitucionalidad indirecta, por contravenir la legislación básica estatal entonces vigente, que obligaba a la integración en grupos de todos los concejales. De modo total o parcial, la aprobación de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local habrá supuesto una sanación sobrevenida de esas normas autonómicas, en la medida en que se ajusten a las nuevas bases estatales⁸.

bro colectivo *Comentarios a la legislación básica de régimen local*, coord. M. J. DOMINGO ZABALLOS, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 2005. Véanse también R. GÓMEZ-FERRER MORANT, «Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional», núm. 113 de esta REVISTA, 1987, págs. 7 ss.; del mismo autor, «Legislación básica en materia de régimen local: relación con las leyes de las Comunidades autónomas», en *La provincia en el sistema constitucional español*, dir. GÓMEZ-FERRER MORANT, Civitas, Madrid, 1991, págs. 47 ss.; R. ENTREÑA CUESTA, «Las competencias de las entidades locales», en *Organización territorial del Estado. Administración local*, IEF, Madrid, 1985, pág. 104; L. ORTEGA ÁLVAREZ, «Las competencias propias de las corporaciones locales en la LBRL», en *Tratado de Derecho municipal*, dir. S. MUÑOZ MACHADO, Civitas, Madrid, 1988, pág. 196; A. FANLO LORAS, «El control de los entes locales. ¿Modelo cerrado? Reflexiones críticas sobre una dogmática consolidada», núm. 130 de esta REVISTA, 1993, págs. 171 ss.; F. SOSA WAGNER, «La autonomía local», en *Homenaje a García de Enterría*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1991, pág. 3215; L. PAREJO ALFONSO, *Derecho básico de la Administración local*, Ariel, Barcelona, 1988, pág. 132; J. LEGUINA VILLA, «La autonomía de municipios y provincias en la nueva ley básica de régimen local», *REALA*, 227, 1985, pág. 435, entre otros.

⁸ Ello podrá tener consecuencias distintas, en caso de que esas normas autonómicas lleguen al Tribunal Constitucional. En efecto, por fortuna, desde la STC 178/2004 el Tribunal ha modificado, en relación con las cuestiones de inconstitucionalidad, la doctrina del *jus superveniens*; de forma que, en la actualidad, el parámetro de resolución de las cuestiones de inconstitucionalidad, en los casos de supuesta inconstitucionalidad indirecta, será la normativa estatal aplicable al supuesto de hecho origen del pleito en que se haya planteado la cuestión de inconstitucionalidad, y no, por el contrario, la normativa estatal vigente en el momento en que se dicte la sentencia por el Tribunal Constitucional, que es lo que pasa en el recurso de inconstitucionalidad. Sobre esta problemática puede verse mi trabajo «La prevalencia del Derecho del Estado y la inaplicación judicial de las leyes autonómicas: el caso de las cesiones de aprovechamiento en suelo urbano», núm. 161 de esta REVISTA, 2003, págs. 305 ss.

Hemos de preguntarnos si esa nueva doctrina, que se ha reiterado en diversas sentencias posteriores, como la STC 217/2004, será también de aplicación en los supuestos en que, eventualmente, a consecuencia de un recurso de amparo presentado por un concejal a quien se hubiera aplicado, antes de la Ley 57/2003, la normativa autonómica sobre concejales no adscritos, el TC se planteara la autocuestión de inconstitucionalidad. A mi juicio, en este caso quizá sería conveniente seguir la doctrina del *jus superveniens* ya que, a fin de

Podríamos asimismo preguntarnos si el reglamento orgánico podría contener previsiones distintas de las establecidas en el artículo 73.3, y que comportaran una mayor garantía para los concejales. Me refiero, en concreto, a si el reglamento orgánico podría no prever la figura de los concejales no adscritos, y proceder, en cambio, a la integración en el grupo mixto de los concejales comprendidos en el precepto básico. La respuesta, obviamente, es negativa. La regulación básica estatal relativa al estatuto de los concejales vincula a los reglamentos orgánicos. No nos encontramos, o al menos no nos encontramos tan sólo, ante unas garantías mínimas, sino ante una regulación enteramente vinculante. Otra cosa será, como veremos, que el reglamento orgánico (o, en su caso, la legislación autonómica) pueda modular determinadas consecuencias de la no adscripción, en los términos que prevé el mismo artículo 73.3. Más adelante me referiré a esta cuestión.

En cualquier caso, la regulación que efectúa el artículo 73.3 de los supuestos de no adscripción resulta confusa; de hecho, da la impresión de que algunos incluso se solapan con otros.

A) *Miembros de la Corporación que no se integren en el grupo político constituido por la formación electoral para la que fueron elegidos*

En primer lugar, son miembros no adscritos de las Corporaciones locales aquellos que no se integren en el grupo político constituido por la formación electoral para la que fueron elegidos; es decir, aquellos que, desde el principio, no llegan a integrarse en ningún grupo político⁹. En este punto hay que tener en cuenta el artículo 24 ROF, que establece un plazo de cinco días desde el día siguiente a la fecha de la sesión constitutiva de la Corporación para la integración en los

cuentas, el amparo habrá sido estimado antes del planteamiento de la autocuestión de inconstitucionalidad; de forma que podría darse el paradójico caso de que se estimara el amparo y se desestimara la autocuestión. Puede verse, en todo caso, el voto particular formulado a la STC 254/2004, de 2 de diciembre, que entiende que, incluso en el ámbito de los recursos de inconstitucionalidad, debería desecharse la tesis del *jus superveniens*.

⁹ Como señalaban, antes de la Ley 57/2003, A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ y S. BALLESTEROS ARIBAS, *Comentarios a la legislación básica de régimen local*, coord. M. J. DOMINGO ZABALLOS, Civitas, Madrid, 2003, págs. 1259 ss., la legislación local no recogía la prohibición, establecida en el Reglamento del Congreso, de que constituyan grupo separado quienes pertenezcan a un mismo partido. Sin embargo, esta conclusión se ha visto alterada a consecuencia de la Ley 57/2003. Esta norma señala que aquellos que no se integren en el grupo constituido por la formación electoral por la que fueron elegidos adquieren la condición de no adscritos; lo que significa que los integrantes no ya sólo de un partido, sino también de una coalición o agrupación, no pueden de hecho formar grupos municipales independientes.

distintos grupos. El plazo de cinco días es un plazo de caducidad; de forma que quien no haya suscrito su inclusión en ningún grupo en el plazo de cinco días, pasará automáticamente a la condición de no adscrito¹⁰.

Así, se veda la integración en el grupo mixto; la idea del legislador sería «castigar» a aquellos que, supuestamente, se habrían aprovechado de su inclusión en un listado para obtener con más facilidad la condición de representante. Otra cosa es la corrección o no de esa finalidad legal y, sobre todo, del procedimiento utilizado para conseguirla; también es cuestionable que el abandono inmediato del partido, agrupación o coalición obedezca necesariamente a finalidades desviadas.

Con la expresión «formación electoral» se puede hacer alusión tanto a los partidos como a las coaliciones o a las agrupaciones de electores. El artículo 73.3 señala, sin embargo, que la previsión de que los derechos económicos y políticos de los no adscritos no podrán ser superiores a los que les habrían correspondido en caso de haber permanecido en el grupo de procedencia no será de aplicación, en el caso de coaliciones electorales, cuando alguno de los partidos decida abandonar la coalición. Es decir, da la impresión de que, en estos casos, los integrantes del partido tendrán la condición de no adscritos, pero sin existir esa limitación de derechos. Ello, entiendo, sea cual fuere el momento en que el partido haya abandonado la coalición; es decir, sea antes o después de la sesión constitutiva de la Corporación.

Sin embargo, no parece razonable que, en estos casos, todos los integrantes del partido queden en la condición de no adscritos, sobre todo cuando el abandono de la coalición se haya efectuado antes de la sesión constitutiva, en la medida en que (art. 24 ROF) en tal caso todavía estaríamos en tiempo hábil para constituir un grupo político. Posiblemente, la intención de la Ley haya sido penalizar a aquellos partidos minoritarios que hayan formado parte de una coalición para beneficiarse de los efectos de la regla D'Hondt y después la abandonan. El hecho, sin embargo, es que los partidos son cauces fundamentales de la participación política, cosa que la Constitución no afirma en modo alguno en relación con las coaliciones electorales, que tienen una finalidad puramente instrumental; sin embargo, en estos casos se priva a la totalidad de los concejales pertenecientes a determinado partido político de la posibilidad de formar

¹⁰ Vid. STSJ de Madrid de 14 de noviembre de 2001 (JUR 93167, 2002). En el caso catalán, artículo 50.4 del Decreto legislativo 2/2003, el plazo debe establecerlo el acuerdo municipal regulador de los grupos. En Aragón, artículo 111.4 de la Ley 7/1999, se exige que el escrito se formalice antes del primer Pleno ordinario después de la constitución de la Corporación.

grupo. Aun cuando ello no comporte limitación en sus derechos económicos, sin embargo, sí podría implicar una merma en sus derechos de participación, como veremos, en cuanto que esa participación en buena medida se instrumenta a través de los grupos.

Desde este punto de vista, lo lógico sería que, en este caso particular, se permitiera la constitución de un grupo propio; al no ser así, la regulación resulta incoherente, ya que su finalidad parece ser preservar los derechos, tanto económicos como políticos, de los miembros de la entidad local en este peculiar supuesto, pero no se arbitran los mecanismos necesarios al efecto.

B) *Miembros de la Corporación que abandonen el grupo político de procedencia*

El otro supuesto es el del abandono del grupo de procedencia; es decir, miembros de la Corporación que inicialmente se integraron en un grupo y que después lo abandonan.

Hay que delimitar también los casos aquí comprendidos. El primero de ellos será el de un concejal que, individualmente, abandone su partido y grupo por propia decisión. Ello puede ser debido a su voluntad de ser independiente o bien a su integración en un nuevo partido¹¹. Posiblemente, la norma esté pensando en estos últimos casos, si se tiene en cuenta su origen¹².

El segundo caso será aquel en que uno de los partidos integrantes de un grupo, a su vez formado por los miembros de una coalición, lo abandone después de haberse constituido el grupo y haberse integrado en él. En este caso, hemos visto que la Ley protege los derechos políticos y económicos correspondientes.

El tercer supuesto es aquel en que la mayoría de los concejales de un grupo municipal lo abandone. Por ejemplo, se producen disensiones internas en un partido político, o incluso su desdoblamiento en

¹¹ Tengamos en cuenta que el Acuerdo sobre el código de conducta política en las Corporaciones locales afirma expresamente que los partidos no deben aprovecharse de las situaciones de transfuguismo a efectos de constituir, mantener o cambiar las mayorías, y también se comprometen a rechazar la integración en su grupo de todo concejal perteneciente a la candidatura de otra formación, mientras ese concejal mantenga el cargo conseguido en el partido original.

¹² Puede verse M. P. BENSUSAN MARTÍN, *El concejal en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 1999, pág. 81. Puede verse también M. RAJOY BREY, «Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las Corporaciones locales. Palabras de presentación», *Cuadernos de Derecho Público*, 4, 1998, págs. 266 ss.

En cualquier caso, cabría por hipótesis otra posibilidad: que los concejales de una lista electoral, sin abandonar su partido y lista de origen, decidieran escindirse en diversos grupos municipales a fin de ganar, de este modo fraudulento, más puestos en las comisiones. La nueva norma también impediría este tipo de situaciones.

dos partidos distintos; también se podría producir en el caso antes señalado de la ruptura de coaliciones, pero en este supuesto hay reglas especiales.

El último caso podría ser el de un grupo político municipal constituido en su origen por miembros de diferentes partidos, aun cuando los mismos no hubieran concurrido a las elecciones como coalición electoral¹³. La Ley no dice qué pasará en este último supuesto; es decir, si sería equiparable al del abandono de una coalición por uno de los partidos integrantes, o si cabría el pase al grupo mixto. Tengamos en cuenta que si no hay coalición electoral no se da el presupuesto de hecho de la norma. Pero no parece que en estos casos sea posible el pase al grupo mixto; más bien da la impresión de que habría que aplicar, por analogía, el régimen de los miembros no adscritos en caso de escisión de la coalición electoral correspondiente.

Para esos casos (salvo el último, no previsto expresamente), el artículo 73.3 dispone que cuando la mayoría de los concejales de un grupo municipal abandone la formación política (no el grupo únicamente) por la que concurrieron a las elecciones, o sean expulsados de ella, serán los que permanezcan en esa formación política los integrantes del grupo; el secretario de la Corporación se podrá dirigir al representante legal de la formación política que presentó la candidatura a efectos de que acredite esas circunstancias. Dejando aparte el caso de la expulsión, al que luego me referiré, en primer lugar, la Ley parece confundir el grupo político municipal con una determinada formación política. No hay, sin embargo, identidad entre ambas cosas; así se deduce de la STC 30/1993. Por tanto, el solo abandono de un partido no implica necesariamente, desde el punto de vista jurídico, el abandono del grupo, si bien ello en la práctica será lo normal, bien porque el concejal decida voluntariamente abandonar el grupo, bien por decisión del propio grupo¹⁴.

¹³ El artículo 50.3 del Decreto legislativo catalán 2/2003 prohíbe la formación de un grupo integrado por miembros de listas electorales distintas. Como afirma GONZÁLEZ DEL TESO, «Transfuguismo...», cit., pág. 56, lo cierto es que, con una u otra dicción, la normativa autonómica trata siempre de preservar la continuidad entre el partido y el grupo.

¹⁴ La STS de 8 de febrero de 1994 (RJ 991) señala que, a estos efectos, corresponde a los grupos una amplia potestad de autoorganización. La sentencia añade que la expulsión de un miembro de un grupo es un acto recurrible en vía contencioso-administrativa. Lo mismo afirma la STS de 14 de mayo de 2002 (RJ 6590). La STC 218/1988 señala que la potestad de autoorganización permite a las asociaciones regular las causas y procedimientos de expulsión de sus miembros, pero sin perjuicio del control judicial de la regularidad estatutaria de las decisiones de expulsión.

Pensemos, por otra parte, en el caso de quien, siendo el único representante de su lista electoral, se integre en el grupo mixto por no alcanzar el mínimo para constituir grupo independiente y que, al cabo del tiempo, abandone el partido. En este caso sería imposible aplicar el régimen de los no adscritos, ya que el partido no puede disolver el grupo mixto. Es decir, la nueva regulación tampoco es eficaz para afrontar todas las situaciones de transfuguismo.

En segundo lugar, la Ley da prioridad a quienes sigan formando parte de la formación política. Éstos seguirán siendo los integrantes del grupo; los que dejen de formar parte de él, aunque sea la mayoría de sus miembros, pasarán a ser no adscritos, con todas sus consecuencias.

En suma, la Ley da preferencia a la línea «oficialista» de los partidos, aun en el caso de abandono masivo de sus miembros en un determinado ente local. En los casos de ruptura de un partido se da prioridad al partido primitivo sobre la fracción escindida, aun cuando la misma, incluso a nivel nacional, pueda ser mayoritaria. Se prima al partido sobre el representante; lo que es aún más grave en el caso de las expulsiones. Es más, se da prioridad al partido sobre el grupo, pese a que éste es el determinante en la vida política municipal, una vez constituida la Corporación (STC 31/1993). Esto es así porque la acreditación debe solicitarse no al portavoz del grupo, sino al representante legal de la formación política que presentó la candidatura. Por lo demás, de esta última frase queda claro que el supuesto se aplica también a los casos de escisión de una coalición o agrupación electoral, cuando la mayoría de sus miembros deciden abandonarla.

El tema es muy grave, ya que, en primer lugar, puede que el abandono del partido no haya sido caprichoso, sino que haya obedecido a un cambio de líneas de actuación o de orientaciones políticas del partido, o a la adopción de alguna decisión trascendental que pueda resultar falta de ética para muchos afiliados¹⁵. En segundo lugar, porque la Ley alude a las «formaciones políticas» y no sólo a los partidos; con lo que incluso se pueden entender comprendidas las agrupaciones de electores, que no tienen la consistencia propia de un partido. En tercer lugar, porque, a fin de cuentas, el titular del derecho de participación política no es el partido, que es un puro instrumento de la misma (así, por ejemplo, SSTC 5/1983, 119/1990, 31/1993 y 48/2003, entre otras muchas).

Pero lo más problemático es que la Ley parece referirse también al caso de las expulsiones del partido. Es verdad que el párrafo primero del artículo 73.3 alude al abandono, y abandono no es lo mismo que expulsión. Sin embargo, el último párrafo alude expresamente a la expulsión de la mayoría de los miembros de un determinado grupo respecto de su formación política de procedencia (no respecto del grupo). Por eso, parece que en el párrafo pri-

¹⁵ Así, puede verse el voto particular al dictamen del Consejo Consultivo de la Generalidad catalana de 18 de diciembre de 2001; en ese voto particular se apunta también, por ejemplo, el caso de una decisión del partido que perjudique gravemente al concreto territorio de cuya población es representante el concejal.

mero la expresión «abandono» debe entenderse en un sentido amplio¹⁶.

Pues bien, las SSTC 5/1983 y 10/1983 afirmaron que la expulsión del partido no puede implicar la pérdida de la condición de concejal; sigue esta doctrina, por ejemplo, la STS de 28 de diciembre de 1986 (RJ 6737)¹⁷. Aun cuando los concejales no adscritos no dejan de ser concejales, verán muy mermada, por lo que luego diremos, su participación en la vida municipal. A mi juicio, por tanto, el artículo 73.3, en cuanto que limita drásticamente los derechos de los concejales en caso de expulsión de su partido, es contrario al artículo 23 CE, en cuanto que provoca una ilegítima perturbación en el derecho al cargo del concejal. Más adelante profundizaremos en esta cuestión.

Además, ya hemos visto que el TS confiere una amplia potestad para la expulsión de sus miembros no ya al partido (cuyo funcionamiento debe ser democrático, art. 6 CE), sino también al grupo¹⁸. Ello se debe seguramente a que entre los miembros de un grupo político debe haber una cierta relación de confianza que posibilite una ade-

¹⁶ En este punto, da la impresión de que la Ley 57/2003 no ha sabido, o no ha querido, sujetarse estrictamente al acuerdo adoptado por la mayor parte de los partidos políticos en relación con el transfuguismo en las entidades locales, a que antes se ha hecho referencia; a menos que la norma se esté refiriendo exclusivamente al caso de la expulsión del partido debido a la conducta del concejal consistente en prestar su apoyo a partidos oponentes al suyo en la Corporación, a efectos por ejemplo de la elección del alcalde. Pero, aun en estos casos, nos encontramos con una verdadera expulsión, no lo olvidemos. En todo caso, GONZÁLEZ DEL TESO, «Transfuguismo...», págs. 59 ss., parece entender que las expulsiones no entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 73.3.

¹⁷ En la STC 31/1993, el TC afirmó que es legítimo entender que un cabeza de lista no puede ser alcalde si cambia de partido, pero que seguirá siendo concejal, y por tanto representante; además, en este caso, el abandono del partido había sido voluntario (asimismo, STC 185/1993). La primera de estas sentencias señala que el grupo mixto no se puede considerar como lista electoral a efectos del artículo 196 LOREG, a pesar de que también añade que, una vez constituido el municipio, lo relevante son los grupos y no las listas electorales.

El ATC 6/1984 afirma que la destitución de un alcalde no queda cubierta por el artículo 23.2, al ser una elección de segundo grado; en el mismo sentido, STC 5/1983. Esto puede dar que pensar en el caso de los diputados provinciales. En todo caso, la STC 167/1991, de 18 de julio, estima un recurso de amparo, con base en el artículo 23.2 CE, frente a unos acuerdos de la Diputación Provincial de Cuenca que, a juicio de la sentencia, vulneraban ese derecho fundamental de los recurrentes. No obstante, en este supuesto la infracción era flagrante, dado que se había dejado en manos del grupo mayoritario la determinación de los criterios de decisión y de las concretas personas que deberían integrarse como miembros del Consejo de Administración de una Caja de Ahorros de la que la Diputación era cofundadora; con el agravante de que en ese acuerdo, se añadía que los consejeros que además reunieran la condición de diputados provinciales necesariamente tendrían que pertenecer a ese grupo municipal mayoritario. El TC señala, con acierto, que en este caso simplemente se había excluido a la minoría del procedimiento de adopción de las decisiones. La sentencia insiste, en todo caso, en la naturaleza representativa de las Diputaciones, consagrada en el artículo 141.2 CE.

¹⁸ Además, la STC 185/1993 exige la conformidad de todos los integrantes del grupo para la integración de un nuevo miembro en el mismo. En todo caso, el artículo 50 del Texto refundido catalán municipal y de régimen local señala que la incorporación de los concejales en los grupos políticos municipales constituye un derecho individual que debe ejercer personalmente el concejal.

cuada organización del trabajo. Sin embargo, quizá, a la vista de la nueva regulación legal de los concejales no adscritos, pueda producirse más adelante un cambio jurisprudencial, ya que los derechos de los no adscritos, en la práctica, quedan considerablemente mermados.

Pensemos, además, que podría ocurrir que un concejal siguiera perteneciendo a su partido pero no a su grupo; por ejemplo, en el caso de enfrentamiento entre la mayoría de los representantes locales del partido y los dirigentes de éste, que no se haya plasmado aún en una escisión del partido. El concejal que siguiera la línea oficial del partido podría, eventualmente, ser expulsado del grupo; si bien, en este caso, el artículo 73.3 impide el pase del afectado a la condición de no adscrito. O, un caso aún más llamativo, el de un concejal integrado en el grupo mixto, y procedente de una formación política distinta de la mayoritaria en ese grupo, que fuera expulsado de éste. No parece tener mucho sentido que se permita al grupo mixto, dadas sus peculiaridades, expulsar a sus propios concejales; al igual que tampoco tendría mucho sentido que cuando un grupo se forme por los integrantes de una coalición electoral, los integrantes del partido mayoritario de ésta en el municipio expulsaran a los restantes¹⁹. En cualquier caso, a la vista de la nueva regulación, lo que no parece que se dará nunca es el abandono del grupo mixto por parte de alguno de sus concejales.

C) *Consideraciones comunes a los distintos supuestos de no adscripción*

Da la impresión de que la nueva regulación trata de proteger más a los partidos que a los grupos en sí. Se penaliza no sólo a los que abandonan o dejan de pertenecer al grupo (y, tengamos en cuenta, cuando la decisión no obedece a la voluntad del concejal, obedecerá normalmente a la voluntad del partido), sino también a aquellos que no se integran en el grupo que forme la coalición, agrupación o partido en cuyas listas concurren a las elecciones. Se prima la lista cerrada y bloqueada sobre la condición individual del representante y se protege más al partido que al grupo, que desde el principio se constituye, en este segundo caso, con un concejal de menos. Y ello a pesar de que el TC viene señalando que los partidos no son titulares del derecho de participación política (así, SSTC

¹⁹ La STSJ de Andalucía de 7 de octubre de 2002 (JUR 52568) señala que vulnera el artículo 23 CE la decisión del grupo mixto de denegar la integración en el mismo de un nuevo concejal. En relación con la escisión de coaliciones por desligarse de ellas uno de los partidos que la integran, entiende GONZÁLEZ DEL TESO, «Transfuguismo...», cit., págs. 58 ss., que en realidad, pese a la dicción poco afortunada del artículo 73.3, no se produce el fenómeno de la no adscripción.

36/1990 y 30/1993, entre otras)²⁰; además de que se da el mismo tratamiento al partido que a la agrupación de electores, que son realidades bien diferentes.

En cualquier caso, la norma contempla expresamente también el caso de un partido integrante de un grupo y que lo abandone. Va, por tanto, dirigida no sólo a proteger a los partidos, sino también a los grupos cuando éstos se hallen integrados por partidos diferentes. No obstante, aquí la Ley hace una expresa salvaguardia de los derechos de los miembros del partido que se escinde de la coalición; si bien no arbitra los cauces necesarios para asegurar su participación en las mismas condiciones que los integrados en los grupos políticos.

3. CONSECUENCIAS DE LA NO ADSCRIPCIÓN A NINGÚN GRUPO POLÍTICO EN LA NUEVA REGULACIÓN BÁSICA ESTATAL

A) *Consecuencias generales sobre la organización de la Corporación y la constitución de los grupos políticos municipales*

Una primera consecuencia de la nueva regulación es que, seguramente, disminuirá en la práctica el número de representantes locales integrados en el grupo mixto; y muchas veces, además, el grupo mixto se formará en exclusiva por miembros de una sola lista electoral (aquella que no haya alcanzado el mínimo para constituir grupo propio²¹). Incluso, en muchos casos, simplemente el grupo mixto dejará de existir; en concreto, cuando ni la legislación autonómica ni el reglamento orgánico establezcan la exigencia de que los grupos tengan un número mínimo de miembros.

Lo cierto es que el funcionamiento y organización del grupo mixto, cuando se forma por integrantes de procedencias diversas, resultan a veces problemáticos. Pero, por muchos problemas que plantee el funcionamiento del grupo mixto, parece un instrumento menos

²⁰ Véase GONZÁLEZ DEL TESO, «Transfuguismo...», cit., esp. pág. 49. Para este autor, *op. cit.*, pág. 57, el artículo 73.3 parte de la distinción entre representación, que corresponde al electo, y representatividad, que corresponde a la lista. La STC 177/2002, por su parte, señala que los grupos parlamentarios ostentan una suerte de representación institucional de sus miembros, lo que les otorga capacidad procesal ante el Tribunal Constitucional. Vid. la providencia de 13 de junio de 2003, que inadmite el amparo presentado por un grupo parlamentario contra la decisión del Congreso que rechazó plantear al Gobierno conflicto constitucional de atribuciones a consecuencia de la guerra de Irak. Entiende el TC que el derecho de los parlamentarios a participar en los asuntos públicos no les otorga la facultad de exigir que se plantee un conflicto de ese tipo; lo que sería tanto como legitimar al parlamentario o al grupo para el planteamiento del conflicto.

²¹ Así, artículo 111.3 de la Ley aragonesa 7/1999, que señala que si el reglamento orgánico exige un número mínimo de miembros para constituir grupo, deberá regularse el grupo mixto.

inadecuado que la no adscripción, por las razones que se verán a continuación²².

En segundo lugar, la Ley 57/2003 ha recortado en cierto modo la libertad política de los miembros de la Corporación para integrarse en uno u otro grupo. En efecto, antes de esta Ley podía entenderse viable que un concejal elegido por determinada lista electoral se integrara finalmente en un grupo municipal distinto del constituido por su lista de origen; al menos, si lo hacía dentro de los cinco días hábiles de que se dispone para la constitución de los grupos en la legislación estatal supletoria, y a menos que la legislación autonómica hubiera previsto otra cosa. En cambio, en la actualidad, se establece que quienes no se integren precisamente en el grupo político constituido por la formación electoral (partido, coalición o agrupación) por la que fueron elegidos, directamente pasarán a la condición de no adscritos²³.

De la misma manera, se ha eliminado la posibilidad de cambio de grupo, ya que quienes abandonen el grupo de procedencia no pueden integrarse en un grupo distinto; ni tan siquiera pasan al grupo mixto, sino que, directamente, pasan a ser concejales no adscritos²⁴.

²² De la STS de 6 de julio de 1992 (RJ 5967) se deduce, por el contrario, que la integración en el grupo mixto es plenamente respetuosa con los derechos de participación de los concejales. En este sentido, la sentencia desestima el recurso contencioso-administrativo presentado, por el cauce previsto en la Ley 62/1978, por el único concejal que había quedado como perteneciente a determinado partido político, al haber sido expulsado uno de ellos y haber pedido la baja la tercera concejal. Así, el Ayuntamiento declaró la extinción del grupo que los tres habían constituido y los integró en el grupo mixto, al que se confirieron los mismos medios que hasta entonces se habían adscrito al grupo disuelto.

El Tribunal Supremo, tras constatar que ese Ayuntamiento no había aprobado reglamentación alguna sobre los grupos, consideró que el tema era en todo caso de legalidad ordinaria y no propio del cauce especial para la protección de los derechos fundamentales, ya que el derecho de participación política del recurrente quedaba salvaguardado, incluyendo —añade la sentencia— la posibilidad de participar en las comisiones informativas. Y ello ante la pretensión del actor de que se le mantuviera como único integrante de su grupo de origen.

En todo caso, el Libro Blanco para la reforma de la Administración Local afirma expresamente que cuando un grupo político quede, a consecuencia del transfuguismo, por debajo del número mínimo de miembros exigido para su constitución o mantenimiento tendrá derecho a subsistir plenamente como tal grupo político. No olvidemos que la STC 36/1990 ha reconocido a los grupos parlamentarios como titulares de los derechos del artículo 23 CE; lo mismo hace la STC 30/1993 en relación con los grupos municipales.

²³ El artículo 50.2 del Texto refundido catalán señala que, salvo que un acuerdo municipal disponga lo contrario, por cada lista electoral sólo podrá constituirse un grupo; cada lista que obtenga representación en el Ayuntamiento puede formar grupo. En sentido parecido, artículo 111.2 de la Ley aragonesa 7/1999, que precisa además que ningún concejal puede simultáneamente pertenecer a más de un grupo. La previsión de la legislación catalana de que un acuerdo municipal pueda permitir la constitución de varios grupos por lista electoral no es conforme a la nueva legislación básica estatal.

²⁴ Así, con la nueva regulación, ya es inaplicable la doctrina de la STSJ del País Vasco de 27 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 78526), que entendió viable que el reglamento orgánico previera la posibilidad de fragmentación de un grupo en dos, incluso pasados esos primeros cinco días desde la constitución de la Corporación.

B) *Consecuencias sobre los derechos económicos y sobre la disposición de medios materiales de la Corporación*

Hay que partir de la base de que el derecho fundamental al ejercicio del cargo público representativo sin perturbaciones ilegítimas no se verá afectado del mismo modo cuando se trata de los derechos de participación que cuando se trata de los recursos económicos, humanos y materiales puestos a disposición de los representantes. Esta última cuestión resulta tangencial; de forma que difícilmente se podrá entender vulnerado el núcleo esencial del artículo 23.2 CE por una disminución de dichos medios, a menos que ello impida o dificulte extraordinariamente el ejercicio de la función representativa²⁵. Y no se puede olvidar que el artículo 23.2 constituye un derecho de configuración legal; de forma que siempre que la normativa de desarrollo del derecho respete ese núcleo esencial, la misma será admisible²⁶. La STC 214/1990 insiste precisamente en el dato de que las subvenciones previstas a favor de los grupos parlamentarios tienen por finalidad permitir la participación de sus miembros en el ejercicio de las funciones institucionales de la Cámara; de forma que una reducción de los derechos económicos de un grupo no necesariamente incide en el artículo 23.2 CE, si esa reducción no dificulta ni impide gravemente el cumplimiento de esas funciones²⁷.

La idea de la Ley 57/2003 ha sido evitar que los tránsfugas perciban, además de sus dietas o retribuciones, la parte de asignación que les habría correspondido dentro del grupo mixto. En efecto, el ar-

²⁵ El ATC 60/2003, de 14 de marzo, entiende inadmisibles el amparo presentado por un grupo parlamentario contra la reducción del número de eventuales dependientes del mismo, por cuanto el Reglamento de la Cámara no obliga a que cada grupo tenga un número determinado de eventuales a su servicio. Puede verse también ATC de 26 de mayo de 2004, que incluso añade que el amparo debe ser inadmitido aun cuando de hecho habría sido más proporcional asignar al recurrente un asistente a tiempo parcial y parte de las asignaciones correspondientes al cargo de portavoz, ya que cae más allá de la jurisdicción constitucional efectuar ese tipo de consideraciones.

²⁶ Más adelante, en todo caso, trataremos el problema de la configuración del artículo 23.2 como derecho de igualdad y sus repercusiones en este punto.

²⁷ El ATC de 26 de mayo de 2004, que inadmite un recurso de amparo en relación con una serie de acuerdos de la Mesa del Parlamento de Navarra que reducen las asignaciones económicas y el número de asistentes del grupo mixto en un caso en que el mismo se forma tan sólo por un diputado, no se cuestiona la posible inconstitucionalidad del artículo 35.2 del Reglamento de ese Parlamento, que dispone que cuando la incorporación al grupo mixto se haya producido durante la legislatura, el parlamentario sólo tendrá derecho a percibir la asignación variable, y no la fija. Observemos, por tanto, que los derechos económicos del diputado quedan disminuidos por razón de su procedencia; aunque sólo, nótese, se trata de derechos económicos. Pensemos que un recorte de los derechos económicos no afecta al núcleo de la función representativa, a menos que ese recorte sea tal que dificulte extraordinariamente el ejercicio de las funciones del representante. Vid., en todo caso, la STC 15/1992; si bien en este caso la diferencia radica en que no existía cobertura reglamentaria.

título 73.3 permite que el Pleno efectúe una asignación económica a los grupos, con un componente fijo y otro dependiente del número de miembros. En modo alguno se prevé la posibilidad de que se verifiquen estas asignaciones presupuestarias a favor de los concejales no adscritos. De hecho, se afirma expresamente que los derechos económicos y políticos de los no adscritos no podrán ser superiores a los que les habrían correspondido en caso de haber permanecido en el grupo de procedencia, con la salvedad antes señalada del abandono de la coalición electoral por uno de los partidos que la integran. No obstante, hay que tener en cuenta aquí la remisión al reglamento orgánico (y a la legislación autonómica, hay que entender) en cuanto al modo de ejercicio de los derechos políticos y económicos de los concejales no adscritos.

Así, a primera vista no tendría sentido el establecimiento, para esos concejales no adscritos, de retribuciones distintas de las que les correspondan conforme al artículo 75 de la Ley 7/1985. Ésta parece ser la idea de la Ley. Sin embargo, ALONSO HIGUERA²⁸ afirma agudamente que si bien se podría deducir del artículo 73.3 que los no adscritos no tienen derecho a ninguna otra dotación económica distinta de la prevista en el artículo 75 de la Ley de bases, ello puede de hecho dificultar el correcto ejercicio de su función representativa. Apunta así que quizá podría entenderse que la dotación económica regulada para los grupos debería ser aplicable a los no adscritos, aunque sólo en su componente de asignación variable, y no respecto al tramo fijo por grupo. Desde este punto de vista, se podría defender la existencia de asignaciones presupuestarias a favor de estos concejales, siempre que las mismas sean indispensables para el cumplimiento de su función y queden afectas a esa finalidad.

Por otra parte, el artículo 27 ROF alude a la puesta a disposición de los grupos, siempre que los medios lo permitan, de un local o despacho para reunirse de forma independiente y recibir visitas de los ciudadanos²⁹. El concejal no adscrito no necesita reunirse con los restantes concejales de su grupo, ya que no pertenece a ninguno. Pero sí puede tener la necesidad de disponer de un local para trabajar y para

²⁸ C. ALONSO HIGUERA, «Régimen orgánico y competencias», en *La Ley de modernización del Gobierno local*, Fundación Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2004, págs. 110-111. Señala así, al respecto, que en la Exposición de Motivos de la Ley catalana 3/2002, que introdujo esta figura en esa Comunidad Autónoma, se afirma que los concejales no adscritos tienen derecho a los medios económicos necesarios para facilitar el cumplimiento de las funciones inherentes a su cargo; con lo que parece aludirse a una dotación similar a la de los grupos políticos. Puede verse también GONZÁLEZ DEL TESO, *op. cit.*, pág. 70.

Véase asimismo el dictamen del Consejo Consultivo de la Generalidad catalana de 18 de diciembre de 2001, en que se afirma que no sería constitucionalmente legítimo privar a un concejal del mínimo económico necesario para el desarrollo de su cargo.

²⁹ Puede verse también, por ejemplo, artículo 28 de la Ley murciana 6/1988.

recibir visitas de los ciudadanos o de representantes de las asociaciones vecinales; al menos, de forma ocasional (art. 28 ROF). Desde este punto de vista, parece razonable que si existe disponibilidad de locales al efecto, se asignen también a los concejales no adscritos³⁰.

C) *Consecuencias de la no adscripción sobre los derechos de participación de los concejales*

Pero los no adscritos no sólo pueden verse limitados en el sentido apuntado, sino que también ven mermados sus derechos de participación. Y ello es más problemático, ya que, pese a los problemas que plantea la indefinición del contenido esencial de los derechos de configuración legal, es indudable que los derechos de participación se hallan más cercanos a dicho núcleo que los derechos de contenido material o económico.

Pues bien, el artículo 46 de la Ley 7/1985 establece que debe garantizarse en todo caso la participación de todos los grupos municipales en la formulación de ruegos, preguntas y mociones, en relación con la parte de las sesiones plenarias cuyo objeto sea el control de los órganos municipales de gobierno³¹. Por su parte, el artículo 91.4 ROF señala que, en las sesiones ordinarias, concluidos los puntos del orden del día y antes de pasar al turno de ruegos y preguntas, el alcalde preguntará a los portavoces de los distintos grupos si procede debatir, por razones de urgencia, algún asunto no incluido en ese orden del día³². La Ley alude, pues, a los grupos, no a los concejales como sujetos individuales.

³⁰ La STSJ de Andalucía de 30 de noviembre de 1998 (RJCA 4482) entiende ilegal la inactividad de la alcaldía a la hora de ejecutar los acuerdos plenarios que asignaban medios a los grupos. Vid. STS de 11 de junio de 1990 (RJ 5385) y la de 12 de diciembre de 2000 (RJ 75, 2001), que afirman que la asignación de medios constituye un derecho de los grupos y un correlativo deber de la Corporación. En este sentido apunta el Libro Blanco para la reforma de la Administración Local.

³¹ Vid. STS de 4 de diciembre de 2000 (RJ 1330, 2001) y STSJ de Cantabria de 3 de noviembre de 2000 (JUR 2001, 28170).

Lo que en modo alguno puede admitirse es la práctica, seguida por algún Ayuntamiento, de que determinadas decisiones plenarios se voten por grupos; de modo que sólo vote el portavoz de cada uno de ellos, por el sistema del voto ponderado. Esto es palmariamente contrario al artículo 99.5 ROF, que establece que el voto de los concejales es personal e indelegable. Ya ha habido algún pronunciamiento de los Tribunales contencioso-administrativos al respecto. Pensemos que el derecho de voto forma parte del núcleo esencial del artículo 23.2 CE. El voto por grupos es contrario a la naturaleza misma de la representación, porque comporta la privación del derecho individual a participar en la adopción de las decisiones del ente local. Un resumen de las facultades del concejal individualmente considerado, en GONZÁLEZ DEL TESO, *op. cit.*, págs. 65 ss.

³² ALONSO HIGUERA, *op. cit.*, pág. 111, por su parte, señala que en el artículo 106 del Texto refundido de la Ley catalana municipal y de régimen local sólo se prevé la posibilidad de que presenten propuestas para su debate y votación en el Pleno los grupos políticos o bien un mínimo de tres concejales; además, el artículo 98 sólo alude a los grupos al referirse a

Además, de la STC 185/1993 se desprende que, una vez constituido el Ayuntamiento y los grupos, son éstos los que adquieren protagonismo a la hora de presentar las candidaturas a la alcaldía, si durante el mandato el alcalde dejara de serlo. Esto significa, por ejemplo, que los no adscritos no pueden ser alcaldes, por no ser cabezas de lista (art. 196 LOREG), salvo en el caso de adquisición del cargo a través de una moción de censura (art. 197 LOREG)³³ o en el caso de los municipios entre 100 y 250 habitantes (art. 196 LOREG); y también que quien abandona el grupo, aun cuando hubiera sido elegido como cabeza de lista, tampoco puede aspirar a dicho cargo (salvo en los supuestos citados). De cualquier forma, no nos encontramos ante una consecuencia de la no adscripción, sino del régimen previsto en la LOREG para la elección de alcaldes, tal como éste ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional; de forma que esta situación ya se daba con anterioridad, cuando se producía la integración en el grupo mixto de quienes dejaban de pertenecer a su grupo de origen.

En cambio, no veo inconveniente, a la vista de la legislación estatal, para que los concejales no adscritos puedan ostentar dedicación exclusiva o parcial. Pensemos que la dedicación exclusiva o parcial irá normalmente ligada a la condición de miembro de la Junta de Gobierno local o de concejal-delegado³⁴. En estos casos, nos encontramos con una relación de estricta confianza con el alcalde, que se puede dar perfectamente (aunque no sea lo habitual) con quien no pertenece a su grupo. De este modo, salvo prohibición expresa en la legislación autonómica, no hay inconveniente para que los no adscritos ostenten la dedicación parcial o exclusiva³⁵.

la presentación de mociones. Todo ello, entiende la autora, resulta contradictorio con el reconocimiento por la Ley catalana 3/2002 de un derecho de participación de los no adscritos análogo al de los restantes concejales.

³³ Sobre estas cuestiones, véase, entre otros, A. CALONGE VELÁZQUEZ y T. GONZÁLEZ DEL TESO, «Moción de censura y cuestión de confianza en el régimen local español. La Ley orgánica 8/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general», en *Nuevas perspectivas del régimen local. Estudios en homenaje al Profesor José María Boquera Oliver*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 781 ss. GONZÁLEZ DEL TESO, «Transfuguismo...», cit., pág. 53, resalta asimismo que el artículo 197.c) LOREG, redactado por LO 8/1999, reconoce a los grupos políticos el derecho a participar en las sesiones en que se debata una moción de censura.

La STC 185/1993 señala que el hecho de haber sido cabeza de lista electoral no confiere un plus de representatividad personal que permita seguir siendo candidato a la alcaldía durante todo el mandato electoral, aun cuando se haya abandonado el grupo político. Pero no olvidemos que, en este caso, nos encontramos con una representación de segundo grado (también, STC 31/1993).

³⁴ En todo caso, la STSJ de Galicia de 7 de abril de 2004 puntualiza que la delegación de facultades conferida por el alcalde, y que éste finalmente había revocado, es algo distinto de la dedicación exclusiva, ya que puede haber concejales-delegados sin exclusiva y miembros en exclusiva que no sean concejales-delegados.

³⁵ A mi juicio, a esta interpretación ni tan siquiera es obstáculo la prohibición de que los concejales no adscritos ostenten derechos económicos superiores a los que les habrían correspondido en el caso de no haber abandonado su grupo, entre otras cosas porque es perfectamente posible la renuncia a las retribuciones propias de la dedicación exclusiva o

Pero lo más relevante es que la Ley, al estructurar determinados órganos municipales, lo hace teniendo en cuenta a los grupos³⁶. Tal es el caso de las comisiones informativas u órganos con otra denominación a que alude el artículo 20.2; el precepto señala que todos los grupos políticos tienen derecho a participar en esos órganos. Y lo mismo pasa, artículo 132, con la Comisión de sugerencias y reclamaciones y con la Comisión especial de cuentas del artículo 116.

Es más, el hecho de que en las comisiones informativas deban estar representados todos los grupos políticos es una consecuencia directa de la STC 32/1985³⁷; la STC 30/1993, por su parte, afirma que, a efectos de la proporcionalidad en las comisiones informativas municipales, lo relevante son los grupos y no los partidos o las listas electorales, incluso aunque el grupo en cuestión sea el grupo mixto³⁸.

parcial. El problema es el de sus derechos de participación; pero pensemos que es posible que el no adscrito sea precisamente aquel en quien el alcalde más confíe. Un concejal-delegado no tiene un plus de representatividad sobre los demás, como tampoco los que pertenecen a la Junta de Gobierno local. De otro modo, se llegaría a la absurda conclusión de que, en los municipios de gran población, es más representativo un miembro no electo de la Junta de Gobierno local que un concejal del mismo municipio. Véase STSJ de Castilla y León, Sala de Valladolid, de 27-2-2003 (RJCA 745).

³⁶ En este sentido, STSJ de Galicia de 30-4-2003 (JUR 267639).

Puede verse M. BAENA DEL ALCÁZAR, «El control del gobierno local. Los grupos de oposición tras el Pacto Local», en *Nuevas perspectivas del régimen local. Estudios en homenaje al Profesor José María Boquera Oliver*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 577 ss. El autor, *op. cit.*, págs. 588 ss., abogaba, antes de la Ley 57/2003, por extender la participación de los distintos grupos políticos a otros órganos municipales complementarios, como las Juntas municipales de distrito. Resalta también el carácter voluntario de la consulta por el alcalde a los portavoces de los distintos grupos antes de incluir un asunto en el orden del día, conforme al artículo 82 ROF.

³⁷ La STC 32/1985 afirma la exigencia de proporcionalidad, entre los distintos grupos políticos municipales, en la formación de las distintas comisiones informativas, que esta sentencia considera subdivisiones del Pleno. Véase, sobre estas cuestiones, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de septiembre de 2002 (RJCA 260, 2003), que parece apreciar desviación de poder en relación con un acuerdo plenario que redujo el número de miembros de las comisiones, en detrimento de uno de los grupos minoritarios, precisamente tras la aprobación de la Ley 11/1999, que había reforzado sensiblemente el papel de esas comisiones informativas. Vid. ATC de 9 de diciembre de 2002, que inadmite un recurso de amparo en un caso en que se había modificado el número de miembros de las comisiones de una a otra legislatura.

La STS de 1 de abril de 2003 (RJ 4162) dice que esa proporcionalidad se refiere a la composición interna del Ayuntamiento, y no a otros entes con personalidad jurídica propia (parece referirse a sociedades de capital municipal); la del TSJ de Andalucía de 8 de marzo de 1999 (RJCA 792) afirma que para el cálculo de proporcionalidad debe computarse al alcalde o concejal delegado que la preside, a fin de evitar situaciones de sobrerrepresentación.

ALONSO HIGUERA, *op. cit.*, pág. 110, en relación con la adscripción a las distintas comisiones y a los consejos sectoriales y organismos autónomos municipales en el ámbito catalán, señala que del hecho de que sean los grupos quienes designan a los representantes podría deducirse la imposibilidad de participación de los no adscritos; pero añade que se podría sostener lo contrario desde el momento en que el artículo 50 del Texto refundido catalán les reconoce un derecho de participación política análogo al del resto de los concejales.

³⁸ Por esta razón, la sentencia desestimó un recurso de amparo presentado por un integrante del grupo mixto, único representante de la formación electoral para la que había sido elegido. Dicho concejal pretendía tener derecho a participar, como único integrante de esa lista electoral, en todas las comisiones; pero su recurso fue desestimado por la razón expuesta en el texto. En cambio, la STS de 17 de diciembre de 2001 (RJ 10569) declara el

Bien es verdad que, como afirma el voto particular formulado al dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Generalidad de Cataluña de 18 de diciembre de 2001, de estas sentencias se deduce que el derecho de participación en las comisiones informativas y en otros órganos complementarios es un derecho graduable; pero, añade ese mismo voto particular, que sea un derecho graduable no significa que sea un derecho inexistente que pueda quedar vacío de contenido³⁹.

Pensemos, además, que la importancia de los órganos complementarios en cierto modo se ha acentuado tras la Ley 11/1999, que ha conferido al alcalde diversas atribuciones ejecutivas que antes correspondían al Pleno; y sobre todo en los municipios de gran población, a partir de la Ley 57/2003. Tengamos también en cuenta que la Ley 11/1999 ha ampliado las funciones de las comisiones informativas, al conferirles competencias de verificación de la gestión de los órganos de gobierno; además de que las ha declarado órganos necesarios en los municipios de más de 5.000 habitantes⁴⁰.

De hecho, el Libro Blanco para la reforma de la Administración Local señala que el derecho a participar al menos en alguna de las comisiones del Pleno debe garantizarse no sólo al grupo político, sino también a los electos en sí mismos. Esto no significa, lógicamente, el derecho de todo concejal no adscrito a integrarse en todos los órganos complementarios, sino su derecho a integrarse en los distintos órganos municipales en condiciones de igualdad con el resto de los concejales. Ello, en primer lugar, debe significar que no sólo los grupos políticos tendrán derecho a integrarse en las distintas comisiones, sino que también podrán pertenecer a ellas los no adscritos. En segundo lugar, la solución más razonable, como se ha apuntado, pasaría por reconocer a todo concejal, por el solo hecho de serlo, el derecho a integrarse, al menos, en una comisión. De este modo, se garantizaría que ningún representante quede en condiciones inferiores al resto, exigencia que explicita la STC 32/1985.

derecho del único integrante del grupo mixto a participar en todas las comisiones; pero, claro, aquí se trataba del único integrante de un grupo, y no de una lista electoral. La sentencia entiende que una proporcionalidad estricta debe en todo caso ceder ante el derecho fundamental de participación.

³⁹ Sobre la proyección del artículo 23.2 en la organización municipal complementaria pueden verse AATC 60/1996 y 56/1996, relativos a la presidencia de las Juntas municipales de distrito. Estos autos, en todo caso, se limitan a aplicar la doctrina que sobre la prelación de fuentes en la organización local se contiene en la STC 214/1989.

⁴⁰ Lógicamente, en los municipios de menos de 5.000 habitantes donde no se hayan constituido comisiones informativas el problema será menor. GONZÁLEZ DEL TESO, *op. cit.*, págs. 69 ss., llega a afirmar el derecho del no adscrito a estar presente en todas las comisiones informativas, con base en la jurisprudencia relativa al grupo mixto integrado por un solo miembro.

4. LA ADMISIBILIDAD DE LA FIGURA DEL CONCEJAL NO ADSCRITO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL EJERCICIO DEL CARGO PÚBLICO REPRESENTATIVO SIN PERTURBACIONES ILEGÍTIMAS

A) *Planteamiento*

Todo lo anterior quiere decir dos cosas. Primero, que las leyes vinculan determinados derechos de participación a los grupos municipales, a pesar de que la condición de representante pertenece individualmente a cada miembro de la Corporación. Esto tiene cierto fundamento en la jurisprudencia del TC, que afirma que esos derechos también pertenecen a los grupos, en cuanto creados por los propios concejales. Pero esta jurisprudencia está dictada en un contexto normativo bien distinto; y el artículo 23 CE establece un derecho de configuración legal⁴¹.

Segundo, que algunos de estos derechos de participación de los grupos son exigencia de la jurisprudencia constitucional. Por tanto, la existencia de concejales no adscritos provoca un recorte de sus derechos de participación que puede chocar con el artículo 23 CE. Aun cuando éste es un derecho de configuración legal, esa configuración legal no puede desnaturalizar el derecho, que comprende (STC 161/ 1988, entre otras muchas) el ejercicio del cargo sin ilegítimas perturbaciones y en condiciones de igualdad⁴². De hecho, en el Libro Blanco para la reforma de la Administración Local se afirma expresamente que los no adscritos no deben sufrir merma alguna en sus derechos políticos.

Esta conclusión se puede avalar a la vista de la STC 64/2002, de 11 de marzo. Aunque viene referida a los grupos parlamentarios constituidos en el Congreso de los Diputados, su doctrina resulta significativa, ya que señala que la facultad de los diputados de constituir grupos parlamentarios pertenece al núcleo de su función representativa; en cuanto que, dada la configuración de esos grupos en el Congreso, como entes imprescindibles y principales de la organización de la Cá-

⁴¹ Puede verse, por ejemplo, M. F. PULIDO QUECEDO, *El acceso a los cargos y funciones públicas: un estudio del artículo 23 de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 58 ss. Puede verse, asimismo, mi trabajo *La fiscalización jurisdiccional de la actividad sin valor de ley de los Parlamentos*, CEPC, Madrid, 1999, págs. 394 ss.

Afirmar que nos encontramos ante un derecho de configuración legal, entre otras muchas, las SSTC 214/1990, 161/1988, 181/1989 y 15/1992.

⁴² Puede verse F. ROMERO HERNÁNDEZ, *Comentarios a la legislación básica de régimen local*, cit., pág. 369, quien, antes de la Ley 57/2003, afirmaba con acierto que la regulación de los grupos y la integración en ellos de los concejales no podía servir de instrumento que impidiera el ejercicio de los derechos derivados del artículo 23 CE, sino como un mecanismo para hacerlos más viables y permitir al mismo tiempo una buena organización corporativa.

mara, la facultad de constituirlos se erige en una manifestación constitucionalmente relevante del derecho al cargo del representante⁴³.

La doctrina de esta sentencia no se puede extrapolar automáticamente al ámbito local, dado que las comisiones parlamentarias poseen incluso la facultad de aprobar leyes por delegación; es decir, sus funciones dentro de la Cámara son más relevantes que las de las comisiones municipales, que ni tan siquiera son obligatorias en los municipios de menos de 5.000 habitantes. Pero, aun así, la sentencia resulta significativa; máxime cuando, a partir de la Ley 11/1999, en los municipios de más de 5.000 habitantes esas comisiones son obligatorias.

Además, en los municipios de gran población, el artículo 122.4.c) de la Ley 7/1985 permite que las comisiones reciban delegaciones del Pleno. El artículo 123.3 dispone que únicamente pueden delegarse las competencias referidas en los párrafos d), k), m) y ñ) a favor de esas comisiones, pero baste pensar que el apartado d) se refiere a una cuestión tan crucial como es la aprobación y modificación de ordenanzas y reglamentos municipales⁴⁴.

Por otra parte, es evidente la estrecha vinculación entre la prohibición de mandato imperativo y la condición de representante local, no sólo por la propia significación de la expresión «representante», sino también por cuanto el artículo 7 de la Carta Europea de la Autonomía Local afirma expresamente que el estatuto de los representantes locales debe asegurar el libre ejercicio de su mandato. Libertad que, obviamente, también debe afirmarse frente al partido de procedencia⁴⁵.

⁴³ En todo caso, la sentencia desestima el amparo al entender que, a efectos del porcentaje mínimo de votos para la constitución de grupo parlamentario cuando no se alcance el mínimo de quince diputados, ese porcentaje mínimo se debe entender referido a las listas electorales y no a los diputados individualmente considerados, ya que el sistema electoral que rige para el Congreso se basa en listas cerradas y bloqueadas. Es decir, entiende el TC que aun cuando la condición de representante y, por tanto, los derechos del artículo 23.2 CE (incluyendo el derecho a constituir grupos parlamentarios) son derechos del diputado, y no de la formación electoral, sin embargo, eso no significa que, a efectos del cómputo de votos, sea ilegítimo tomarlos por referencia a la lista.

⁴⁴ En realidad, con ello el precepto aplica la doctrina de la STC 32/1985, cuando afirma que las comisiones son, en realidad, subdivisiones del Pleno. Démonos cuenta, en efecto, de que en los municipios del Título X la previsión de delegaciones de competencias plenas no se efectúa a favor de otros órganos municipales, como pueda ser la Junta de Gobierno local; a diferencia de lo que pasa en los municipios de régimen común. Pero ello tiene sentido desde el momento en que, en los llamados grandes municipios, se estructura un ejecutivo local contrapuesto en cierto modo al Pleno, que conserva pocas funciones de índole ejecutiva. En suma, la idea de la Ley ha sido realizar una suerte de reparto de poderes dentro de la organización municipal, que se proyecta también sobre las delegaciones. Sobre el régimen de los municipios del Título X puede verse F. VELASCO CABALLERO y S. DIEZ SASTRE, «Régimen jurídico-organizativo de los municipios de gran población», *Justicia Administrativa*, 28, 2005, págs. 15 ss.; M. J. DOMINGO ZABALLOS, *Comentarios...*, 2.^a ed., cit., págs. 2065 ss.; M. SÁNCHEZ MORÓN, «Observaciones sobre el régimen de organización de los municipios de gran población», *Justicia Administrativa*, 25, 2004, págs. 5 ss.

⁴⁵ Puede verse J. GARCÍA ROCA, «La difícil noción de cargo público representativo y su función delimitadora de uno de los derechos fundamentales del artículo 23.2 CE», *RCG*, 34, 1995, págs. 109 ss., quien afirma que la doctrina del TC referente a la inadmisibilidad de la pérdida de la condición de concejal por expulsión del partido arranca de una reacción

Pensemos, al respecto, que el Tribunal Constitucional afirma reiteradamente la estrecha conexión entre el apartado primero y el apartado segundo del artículo 23 CE —así, entre otras muchas, SSTC 203/2001 y 64/2002—, justamente en la medida en que la propia naturaleza de la representación comporta que una lesión del derecho al cargo del representante afecta también a la totalidad de los representados; y ello por cuanto, una vez adquirida aquella condición, el representante lo es no sólo de sus votantes, sino de la totalidad de los electores. Así lo afirmó tajantemente la STC 10/1983. De ahí que el TC, por ejemplo en su sentencia 107/2001, aluda a la estrecha conexión entre el artículo 23.1 y el artículo 23.2, en su vertiente de derecho al cargo público representativo.

B) *Análisis de la jurisprudencia relativa a los miembros no adscritos de las Corporaciones locales*

A continuación conviene hacer una referencia a la jurisprudencia recaída en relación con el tema que nos ocupa; para, tras su estudio, extraer conclusiones sobre la adecuación de la regulación de los concejales no adscritos al derecho fundamental al ejercicio sin perturbaciones ilegítimas del cargo público representativo.

del representante frente a ceses indebidos, y no de una delimitación de la función representativa, que entiende que debe hacerse, precisamente, a partir del artículo 67.2 CE. En sentido similar, M. F. PULIDO QUECEDO, *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 CE*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 251 ss., afirma que las SSTC 5/1983 y 10/1983 consideran esencial para construir el concepto de cargo público representativo no tanto el artículo 67.2 CE —aplicable sólo a los miembros de las Cortes Generales— como el hecho de que, dadas las relaciones entre representación y elección, los representantes no se pueden ver privados de su cargo por una decisión ajena a la voluntad de los electores. Sin embargo, la segunda de estas sentencias no cierra el paso a la posibilidad de revocación por los electores, lo que implicaría un mandato imperativo. El autor, *op. cit.*, págs. 255 ss., también plantea el problema de la elección de segundo grado y el alcance del concepto de representante.

Sobre las relaciones entre la teoría de la representación política y el mandato imperativo o representativo, vid. L. M.^a Díez-PICAZO GIMÉNEZ, «Los “criterios de representación proporcional” del artículo 68.3 CE: su alcance y proyección a efectos distintos de la elección para el Congreso de los Diputados», en *Homenaje a García de Enterría*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991, págs. 2060 ss.; A. ARCE JANÁRIZ, «Tránsfugas y portavoces en el grupo mixto», *Revista de las Cortes Generales*, 40, 1997, págs. 161 ss.; F. J. BASTIDA FREJEDO, «Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos», *REDC*, 21, 1987, págs. 212 ss.; F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, «Mandato parlamentario y derechos fundamentales», *REDC*, 36, 1992, págs. 144 ss.

Puede consultarse también, aunque referido al *status* del cargo representativo parlamentario, E. COBREROS MENDAZONA, «El “status” parlamentario como derecho fundamental garantizado por el artículo 23.2 CE», en *Homenaje a García de Enterría*, vol. III, cit., págs. 2156 ss.

Del caso resuelto por la STC 167/1991, de 18 de julio, se pueden, a mi juicio, también extraer algunos argumentos a favor de la prohibición del mandato imperativo en el ámbito de las entidades locales. Recordemos que, en ese caso, se había otorgado al grupo provincial mayoritario la adopción de determinadas decisiones relativas a la elección de representantes de la Diputación en una Caja de Ahorros. El TC estima el amparo al entender que, lisa y llanamente, la minoría ha sido excluida. Pero pensemos, además, que los representantes son los diputados, no los partidos ni los grupos. Ésta es una razón añadida, a mi juicio, para sostener la ilegitimidad del acuerdo.

El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado, hasta la fecha, sobre esta cuestión. La única sentencia que se acerca a la misma (STC 172/1988, de 3 de octubre) no entró en el fondo, al no haberse agotado la vía jurisdiccional previa respecto del precepto del reglamento orgánico municipal supuestamente lesivo del derecho del concejal a su integración en algún grupo. Más relevante es la jurisprudencia constitucional recaída en torno a los parlamentarios, que se ha ido analizando a lo largo de este epígrafe.

En cuanto a la jurisprudencia contencioso-administrativa, ésta es contradictoria; por lo demás, es anterior a la nueva legislación básica, de forma que su valor es simplemente orientativo. No obstante, y a pesar de la consideración del derecho de participación política como derecho de configuración legal, puede ser interesante realizar un somero análisis de aquélla.

Así, en primer lugar, podemos mencionar la STSJ de Galicia de 30-4-2003 (JUR 267639), relativa a un supuesto en que el grupo al que pertenecía el recurrente fue disuelto por decisión del partido⁴⁶. Los otros dos concejales del grupo decidieron formar uno nuevo; no así el actor. Finalmente, se acordó la creación del grupo mixto, del que aquél formaría parte. Pero más adelante se dejó sin efecto la creación del grupo mixto, y el actor fue integrado en el constituido por sus antiguos compañeros.

Lo recurrido fue la actuación del presidente, que prohibió al actor la participación en los debates plenarios. La sentencia afirma que aunque el artículo 74.5 de la Ley gallega 5/1997 prohíbe a los concejales cambiar de grupo mientras dura la legislatura, esa norma tiene como única finalidad evitar el transfuguismo y la alteración de la composición de los grupos municipales. Sin embargo, no era éste el caso; sin que se pudiera obligar al actor a integrarse en un grupo al

⁴⁶ Esto llama, desde luego, la atención, ya que los grupos municipales, STC 30/1993, se constituyen por los concejales, y no se identifican con los partidos. Posiblemente, lo señalado en el texto se deba a que, según afirma esta sentencia, el artículo 74 de la Ley gallega 5/1997, de régimen local, establece una perfecta correspondencia entre la formación política y el grupo, ya que la misma prohíbe que un mismo partido forme dos grupos diferentes. Pero, en todo caso, partido y grupo son realidades distintas.

En concreto, la sentencia señala lo siguiente: «La decisión adoptada se basa en el artículo 74.5 de la Ley autonómica 5/1997, de 22 de julio, según el cual “durante el mandato de la Corporación ningún miembro de la misma podrá integrarse en un grupo distinto de aquel en que lo haga inicialmente”. Para trazar la correspondencia entre grupos municipales y partidos, en su apartado 2 dicho precepto dispone que “cada partido político, federación, coalición o agrupación constituirá un único grupo”, mientras que, al referirse al grupo mixto, el apartado 4 establece que “se integrarán, en todo caso en el grupo mixto los miembros de los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones que no hubiesen obtenido un mínimo de dos escaños”, añadiendo en su segundo párrafo que “en el supuesto de que no existiese grupo mixto, éste quedará constituido por el miembro del partido político, federación, coalición o agrupación que haya obtenido un solo escaño”».

que no deseaba pertenecer, ya que para estos supuestos existe el grupo mixto. La sentencia efectúa la interpretación de la Ley autonómica más favorable al derecho de participación del concejal, aunque, desde luego, el caso era flagrante.

Esta sentencia, dictada antes de la Ley 57/2003, concluye, siguiendo a la STS de 26-9-2002 (RJ 9113), que la no adscripción del concejal vulnera el derecho de participación política; en concreto, el TS afirma que la falta de regulación del grupo mixto en el reglamento orgánico no podía ser obstáculo al derecho del concejal a integrarse en el mismo. El TS, en esa sentencia, se basa en la configuración legal del artículo 23 CE —lo que ya no nos serviría, dado el cambio legislativo—; el TSJ de Galicia añade que el artículo 20.3 de la Ley 7/1985 instrumenta la participación en los órganos municipales a través de los grupos, y que el hecho de que la Ley gallega exija un mínimo de concejales para constituir un grupo no puede fundamentar la no adscripción de un concejal disidente.

Démonos cuenta de que, formalmente, en este caso no se produjo un supuesto de no adscripción, posiblemente por no contemplarse esta figura en la Ley gallega 5/1997. Formalmente, se había producido la integración forzosa de un concejal en un grupo, distinto del mixto, al que no deseaba pertenecer. Pero la consecuencia había sido, de hecho, la merma de los derechos de participación del concejal; es más, el TSJ invoca una sentencia del Tribunal Supremo relativa a los concejales no adscritos, como hemos visto.

En cuanto a la aplicabilidad de la doctrina expuesta en esta sentencia al momento actual, se pueden hacer las siguientes consideraciones. En primer lugar, es obviamente imposible la adscripción forzosa de un concejal a determinado grupo político. En segundo lugar, aun en los casos de no adscripción resulta impensable impedir la participación en los debates plenarios; en efecto, esa participación en el Pleno constituye un derecho individual del concejal, independiente de su pertenencia a uno u otro grupo. Se puede entender que, en este caso, la actuación del alcalde no había lesionado simplemente la configuración legal del derecho de participación política, sino que había infringido también su contenido esencial.

También el TSJ de Madrid, en sentencia de 20-9-2000 (RJCA 2264), anuló unos acuerdos municipales por los que se suprimía el grupo mixto y se declaraba la no adscripción de los dos concejales pertenecientes al mismo, procedentes de otro grupo que finalmente habían abandonado. Pero el marco legislativo era totalmente distinto al actual. En este caso, en la actualidad nos encontraríamos con un claro supuesto de no adscripción. La STS de 26 de septiembre de 2002 (RJ 9113) afirma también el derecho a que sea consti-

tuido el grupo mixto por una sola concejal procedente del transfuguismo.

Y, asimismo, es parecida la STSJ de Andalucía, sede de Sevilla, de 7-10-2002 (JUR 52568), que anula los acuerdos municipales por los que se declaraba la no adscripción de determinados concejales y se denegaba, por tanto, su pase al grupo mixto. En todo caso, la sentencia se basa en los artículos 23 ss. ROF y en el artículo 73 de la Ley 7/1985, en su redacción dada por Ley 11/1999, así como en la STS de 23-1-95 (RJ 2107), que afirma que la no adscripción vulnera el derecho de participación política; de forma que, al igual que en el caso anterior, el contexto era radicalmente distinto⁴⁷.

En el caso resuelto por la STS de 23 de enero de 1995, se había denegado la constitución del grupo mixto por quien había abandonado la formación política de procedencia (de la que, por cierto, era el único integrante), por carecer el grupo mixto proyectado del número mínimo de concejales previsto en el reglamento orgánico (y que, por cierto, sólo era de aplicación al grupo mixto). Además, se había privado al recurrente, a consecuencia de su no adscripción, de la participación con voto en las comisiones informativas.

El TS afirma así que concurre una doble infracción: por una parte, al privarse al recurrente del voto en las comisiones informativas; en segundo lugar, en cuanto que, de acuerdo con las normas entonces aplicables, existía un derecho-deber de integración en los grupos políticos (si bien se aclara que ello no comporta, claro está, un derecho individual de todo concejal a participar en todas las comisiones informativas).

La consideración del artículo 23 como derecho de configuración legal complica mucho las cosas⁴⁸; pero, de cualquier forma, la sentencia del TS de 23-1-95 afirma que esa lesión proviene del hecho de que los no adscritos tienen menores posibilidades de participación que el resto de los concejales. Esto puede seguir manteniéndose tras la última reforma. De hecho, el TS señala que, aun cuando la moti-

⁴⁷ Se puede citar también la sentencia de la misma Sala de 29 de noviembre de 2001. En este caso, el acuerdo municipal había considerado al recurrente, que había abandonado su grupo de origen, como concejal no adscrito, si bien con expreso reconocimiento de sus derechos individuales como tal concejal. El TSJ entiende que se ha lesionado el artículo 23.2 CE, al impedirse al concejal desarrollar su función representativa en las mismas condiciones que el resto.

⁴⁸ Ello en la medida en que se diluyen los límites del contenido esencial del derecho. Pueden verse, por ejemplo, la STC 220/1991 y los AATC 118/1999 y 27/2000, de 31 de enero, que afirman que no toda lesión a la legalidad infringe el artículo 23.2 CE, sino sólo en la medida en que resulte afectado el núcleo de la función representativa. El primero de estos autos considera, por ejemplo, que forma parte de ese núcleo esencial el derecho del parlamentario a presentar enmiendas, que es una facultad incardinada en la función legislativa constitucionalmente conferida a las Cortes. Véase también STC 40/2003, de 27 de febrero, que alude a los casos en que se menoscaba la igualdad entre los representantes o la naturaleza de la representación. Vid. GONZÁLEZ DEL TESO, *op. cit.*, págs. 67 ss., quien alude al ejercicio de la función de control como parte integrante de ese núcleo esencial.

vación del acuerdo pudiera ser impedir las ventajas derivadas de la formación de un grupo mixto con sólo un concejal, la consecuencia es desproporcionada y lesiva del artículo 23 CE.

Se puede asimismo citar la STSJ de Castilla y León, sede de Valladolid, de 20 de febrero de 2003. Esta sentencia es interesante en cuanto que no se refiere a concejales, sino a diputados provinciales; esto es, a representantes de segundo grado. La sentencia también estima el recurso en cuanto a la no adscripción de los dos diputados que habían abandonado su grupo de procedencia; si bien es verdad que los hechos, también en este caso, se habían producido con anterioridad a la Ley 57/2003⁴⁹. Puede verse también la de esa misma Sala de 27-2-2003 (RJCA 745).

También significativa, aunque en sentido contrario, puede ser la STSJ de Cataluña de 10-10-2002 (60819). Recordemos que en Cataluña ya hace años (desde la Ley 3/2002, que modificó la Ley 8/1987) que se regula la figura del concejal no adscrito. Esta sentencia desestima el recurso contra unos acuerdos municipales que, respecto de dos concejales que habían abandonado su grupo, denegaron su integración en el grupo mixto y declararon su no adscripción, al considerar que sus derechos de participación, pese a todo, son iguales que los del resto de los concejales. Si es así, la doctrina de esta sentencia es correcta, ya que entonces la no adscripción trataría de impedir situaciones de corruptela, consistentes básicamente en el empleo desviado de los fondos asignados al grupo mixto, y que podrían darse en alguna ocasión. Pero, en ese caso, debería haberse efectuado una modificación legislativa coherente, que no estableciera los grupos como cauces de participación política en los distintos órganos municipales.

La sentencia, en concreto, señala que el acuerdo municipal preveía expresamente que esos concejales podrían asistir a las sesiones de las comisiones informativas y dirigir escritos a la alcaldía. Lo primero tampoco se entiende en exceso, ya que una cosa es asistir y otra participar, con voz y voto. Y, en todo caso, la misma utiliza como guía interpretativa la Ley 3/2002, aun cuando por razones cronológicas no era aplicable al supuesto de hecho.

En cambio, la STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2004 estima el recurso presentado por un concejal que se había dado de baja en su grupo y que solicitaba la creación del grupo mixto, del que sería único integrante. El Pleno, sin embargo, lo declaró concejal no adscrito; si bien se estableció que el después recurrente podría asistir a las

⁴⁹ La sentencia añade que la STC 185/1993 afirma que el representante que decide abandonar determinado grupo político no queda, sin embargo, desprotegido. Esa misma Sala, en sentencia de 17-3-2005 (RJCA 207), afirma que, tras la Ley 57/2003, la no adscripción no infringe el artículo 23 CE, dado que estamos ante derechos de configuración legal; y que imponer a un grupo la pertenencia de un miembro previamente expulsado vulnera los derechos de participación de los restantes miembros del grupo.

reuniones de todas las comisiones informativas. En cuanto a la participación en otros órganos municipales, se determinaría oportunamente por el alcalde o por el órgano correspondiente.

El acuerdo plenario se basaba en el artículo 68 del Reglamento orgánico municipal, que se había aprobado con base en el acuerdo sobre el transfuguismo en las Corporaciones locales, antes mencionado. La sentencia entiende que este acuerdo no constituye una norma jurídica, y que el marco legislativo existente en el momento en que se produjeron los hechos no permitía la no adscripción; sin que la reforma operada por la Ley 57/2003 fuera aplicable al caso por razones temporales.

La sentencia añade que, asimismo, eventualmente el Reglamento orgánico municipal, además de ilegal, se podría considerar discriminatorio y contrario al artículo 23.2 CE, al no permitirse al no adscrito el ejercicio de su función representativa en condiciones de igualdad con el resto de los concejales.

C) *La cuestionable adecuación y proporcionalidad del régimen jurídico de los concejales no adscritos*

Desde las premisas anteriores, hay que preguntarse si resulta adecuado y proporcionado el recorte de los derechos de participación de los concejales por el hecho de no estar adscritos a ningún grupo. Adecuación no la hay, desde luego, cuando la falta de pertenencia a un grupo se deba no a una decisión del concejal, sino a su expulsión, ya que el concejal puede ver recortada su participación por una decisión que él no ha adoptado; incluso, a la misma conclusión hay que llegar cuando el abandono del partido se haya debido a una legítima causa⁵⁰. Pensemos que, de forma constante, la jurisprudencia del

⁵⁰ Es más, no se debe perder de vista que el derecho fundamental a la libertad ideológica, tal como afirma, entre otras, la STC 101/1983, tiene también una proyección externa (asimismo, ATC 1227/1988, que añade que el único límite es el orden público, sin que la libertad ideológica pueda amparar el incumplimiento de los deberes propios del cargo). Y si bien ese derecho no puede amparar el incumplimiento de los deberes inherentes al cargo representativo, no se puede decir que el mantenimiento en el partido o en el grupo municipal constituya un incumplimiento de dicho deber. Antes al contrario, dado que tampoco debe ignorarse la libertad negativa de asociación. Véase, en todo caso, STC 167/1991, que afirma que no existe discriminación por motivos ideológicos por el hecho de que se atribuyera al grupo municipal mayoritario la decisión sobre la determinación de los criterios de designación y la elección concreta de los representantes de la Diputación en una Caja de Ahorros de la que era cofundadora; si bien finalmente se aprecia infracción del artículo 23.2 CE. La sentencia se basa en que el pluralismo político confiere relevancia a la adscripción política de los representantes.

Puede verse también la STC 185/1993, en un caso en que previamente el recurrente había abandonado el grupo político y después había intentado su reincorporación al mismo. En el ínterin, el partido inició el expediente de expulsión; pero cuando se produjeron los

Tribunal Constitucional exige, como primer requisito para que se entienda cumplido el principio de igualdad ante la ley, que no se trate de injustificadamente de modo desigual a supuestos iguales; y al efecto matiza que dos supuestos se deben considerar iguales cuando no resulta objetivamente justificada la razón de la diferencia⁵¹. Al respecto, recordemos que la STC 15/1992 afirma expresamente que ninguna relación existe entre la procedencia política de los miembros del grupo mixto y la suspensión de su asignación fija; y eso que, en este caso, nos encontrábamos ante derechos económicos⁵².

Pero incluso en el caso de abandono voluntario del partido, o de fragmentación del mismo, no parece proporcionado el recorte de esos derechos de participación, si se tiene en cuenta que el representante es el concejal⁵³. Si de lo que se trataba (y esto sí es lógico) es de

hechos causantes del pleito esa expulsión aún no había sido producida. Así, el Tribunal entiende que, de no concurrir la circunstancia del previo abandono del partido, el amparo se debería haber otorgado, ya que el recurrente aún no habría dejado de ser cabeza de lista electoral. Lo que pasa es que entiende la sentencia que el abandono no es un acto que exija el consentimiento del partido o del grupo, al ser libre; y una vez producido el abandono del grupo hace falta la anuencia de todos sus miembros para la reincorporación, al igual que sucede con las incorporaciones *ex novo* al grupo. Insiste en la idea del abandono como acto libre la STSJ de Aragón de 5 de diciembre de 2002 (JUR 83419).

⁵¹ Puede verse, por ejemplo, la STC 197/2003, de 30 de octubre, que exige, siguiendo a la STC 22/1981, de 2 de julio, que los elementos de diferenciación entre los supuestos de hecho sean objetivos y razonables; y, además, dada esta premisa, que las consecuencias jurídicas que deriven de esa distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida; de modo que se eviten resultados excesivamente dañinos o desmedidos. Véase asimismo STC 119/2002.

⁵² En todo caso, en el voto particular al dictamen del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña de 18 de diciembre de 2001 se apunta a que, seguramente, el hecho de que las SSTC 214/1990 y 15/1992 tuvieran fallos contradictorios se deba a que, en el primer caso, la diferencia de tratamiento venía dada por tener el grupo mixto un número menor de diputados que el mínimo exigido para formar grupo propio en el Reglamento de la Cámara; mientras que, en el segundo, la reducción de las subvenciones había tenido por causa la procedencia de los diputados integrantes del grupo mixto (que no habían acudido a las elecciones como grupo independiente); por lo demás, en este caso el Reglamento establecía claramente que la subvención fija sería igual para todos los grupos, por lo que la decisión del presidente de la Cámara de suspender temporalmente al grupo mixto de su asignación fija vulneraba dicho Reglamento. De cualquier forma, la sentencia señala expresamente que *ninguna relación existe entre la procedencia de los miembros del grupo mixto y la suspensión de su asignación fija*. De hecho, en el caso resuelto por la STC 214/1990, también el Reglamento aludía a una subvención fija igual para todos los grupos; sin embargo, en este caso el amparo fue desestimado, aunque quizá ello también se debería a que no se había privado de la asignación fija al grupo mixto, sino que se había reducido proporcionalmente en atención a su número de miembros.

⁵³ Por lo demás, la STS de 23 de enero de 1995 (RJ 2107) afirma que los cambios de adscripción política no se hallan prohibidos en la Constitución; por lo que no tiene justificación objetiva y razonable penalizar esos cambios de adscripción política, al colocarse al disidente en la posición discriminatoria de no adscrito a ningún grupo.

La STC 48/2003 señala que un partido político es un ente de naturaleza asociativa, pero cuyas funciones tienen trascendencia política; de forma que es lícito que posea una regulación distinta de la general de las asociaciones, si se respeta el contenido esencial del derecho de asociación. Si es así, no puede perderse de vista que parte del contenido esencial de este derecho consiste en la libertad negativa de asociación. Por tanto, si la manifestación de voluntad de dejar de pertenecer a un partido político es expresión de un derecho funda-

impedir una sobrerrepresentación en las comisiones en los casos en que el único miembro del grupo mixto hubiera sido un tráfuga, esta finalidad se podría haber logrado de un modo diferente y más proporcionado⁵⁴. Y en cuanto a los medios materiales y económicos, nunca sería legítimo privar de los mismos hasta el punto que se hiciera inviable el ejercicio del cargo; así lo afirma, por ejemplo, el dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Generalidad de Cataluña de 18 de diciembre de 2001.

Este dictamen, por el contrario, como conclusión global afirma la conformidad con el bloque de constitucionalidad de lo que después se convertiría en la Ley catalana 3/2002, que introdujo en esa Comunidad Autónoma la figura del concejal no adscrito⁵⁵. Sin embargo, este dictamen, en primer lugar, parte de una falsa premisa: que los grupos municipales, con carácter general, son de existencia potestativa en los municipios; de forma que simplemente constituirían una forma determinada de organización del Ayuntamiento. Pero cuando se emitió ese dictamen ya había entrado en vigor la Ley 11/1999, que obliga a la estructuración en grupos municipales⁵⁶.

Además, el dictamen utiliza un argumento un tanto circular. En efecto, por una parte, afirma que la igualdad no resulta vulnerada por la regulación catalana entonces proyectada, en la medida en que como esa regulación respeta el núcleo de facultades que conforman el estatuto jurídico de los concejales, la desigualdad de trato resulta proporcionada. Esa desigualdad, se añade, resultaría además justificada, a la vista de la STC 44/1995, en los casos de abandono voluntario del grupo.

Pero se afirma, además, que no se produce tampoco lesión del derecho al ejercicio del cargo sin perturbaciones ilegítimas, precisamente porque se respeta ese núcleo esencial del estatuto jurídico de

mental, como es la libertad negativa de asociación, difícilmente se puede justificar que la Ley atribuya a dicha decisión efectos jurídicos desfavorables, ya que eso es tanto como penalizar el ejercicio de aquel derecho. En todo caso, no debe perderse de vista el reconocimiento constitucional de los partidos políticos, que eventualmente podría entenderse como un factor a ponderar en relación con el tema que nos ocupa.

⁵⁴ La STSJ de Cantabria de 21 de mayo de 2004 (JUR 76664) señala que cuando el grupo mixto se compone por un solo miembro, aun así, aquél tiene derecho a participar en todas las comisiones informativas (también, STSJ de Madrid de 23 de abril de 2003, JUR 215811, y STSJ de Castilla y León de 27 de febrero de 2002, RJCA 745).

⁵⁵ En todo caso, el dictamen hace la reserva expresa de que la actuación aislada de los concejales no adscritos no puede suponer el apartamiento de los afectados del funcionamiento institucional del ente local.

⁵⁶ El dictamen, en cambio, interpreta el precepto en el sentido de que cuando se opte por la constitución de grupos políticos, todos ellos tienen derecho a participar en la organización complementaria. Da la impresión de que se interpreta la legislación básica estatal en función de la legislación autonómica catalana —que, como se ha visto, no considera obligatorios los grupos en todos los municipios—.

los concejales⁵⁷. Esto significa que el Consejo Consultivo catalán, en último término, diluye el derecho a la igualdad en la inexistencia de perturbaciones en el ejercicio del cargo.

Es verdad que, en el caso del artículo 23.2, la igualdad forma parte del contenido esencial del derecho en cuestión, sin que juegue aquí un papel como derecho independiente. Pero si fundamentalmente el artículo 23.2 es un derecho de igualdad, no se puede argumentar que la desigualdad sea proporcionada porque no se haya infringido el núcleo esencial de la función representativa. Máxime si se tiene en cuenta lo difusos que son los límites de este último concepto. Precisamente, porque del artículo 23.2 CE se puede deducir, más bien, que el núcleo esencial de la función representativa resulta vulnerado cuando los representantes son tratados de forma desigual de un modo injustificado o desproporcionado. Tal conclusión parece desprenderse de la STS de 23 de enero de 1995 (RJ 2107), si bien la misma se dictó en un contexto normativo muy distinto del actual.

Lo que es evidente es que la nueva regulación pone de manifiesto todos los problemas que plantea el sistema de listas cerradas y bloqueadas y la rígida disciplina de los partidos, pese a lo que dispone el artículo 6 CE. Es el concejal —SSTC 5/1983 y 10/1983, entre otras; puede verse también la STC 167/1991— el que ostenta la condición de representante, y no su partido, que es un simple instrumento de participación, conforme al artículo 6 CE⁵⁸. Pero como el sistema electoral se mediatiza por el partido, los ciudadanos muchas veces votan más al partido que a la persona, y de ahí normas como ésta, tendentes a soslayar los abusos derivados del transfuguismo pero que limitan seriamente los derechos de los representantes⁵⁹. No debe

⁵⁷ Afirma así el Consejo Consultivo que la STC 44/1995 exige que, en todo caso, se respeten los derechos individuales del representante, así como sus derechos de participación en la Cámara (en ese caso). Pues bien, tiene razón el Consejo cuando afirma que, de hecho, los derechos individuales del concejal se respetan (así, por ejemplo, el derecho de voto o el derecho de acceso a la información). Pero más problemático es decir que también se respetan sus restantes derechos de participación, cuando, como ya sabemos, en buena medida esos derechos se instrumentan, precisamente, a través de la figura de los grupos.

⁵⁸ Vid. STS de 29 de noviembre de 1990 (RJ 5171).

⁵⁹ Puede verse la STC 44/1995, estimatoria de un recurso de amparo presentado por un parlamentario, procedente del transfuguismo y único integrante del grupo mixto, en relación con una norma supletoria que mermaba sensiblemente algunos de sus derechos. La sentencia afirmó que semejante recorte de los derechos del parlamentario no podía efectuarse mediante una norma supletoria, dado que esa restricción no era adecuada al Reglamento de la Cámara, pese a que el mismo disponía que el régimen del grupo mixto sería «análogo» al de los restantes grupos. En todo caso, considera la STC 44/1995 que una atemperación de las facultades de actuación parlamentaria del grupo mixto que obedezca a encontrarse éste constituido por un solo diputado no infringe el artículo 23 CE, siempre que el parlamentario no sea privado de sus derechos individuales y de participación en la Cámara, tal como se deduce de la STC 214/1990.

La sentencia, desgraciadamente, no es demasiado clara. Puede que a ella subyaga, en primer lugar, la prohibición de mandato imperativo; en cuyo caso siempre habría que en-

olvidarse que el acuerdo sobre el transfuguismo en las entidades locales, a que se ha hecho referencia, aludía simplemente a la imposibilidad de que el tráfuga se beneficiara de los recursos económicos o materiales puestos a disposición de los grupos y a su actuación de forma aislada.

tender contraria al artículo 23 CE una limitación de los derechos de los tránsfugas simplemente por serlo. Pero, en ese caso, el TC debería haber sido mucho más tajante, ya que constantemente alude a la falta de soporte en el reglamento de la norma interpretativa cuestionada. Por tanto, en segundo lugar, la sentencia podría simplemente estar reafirmando que nos encontramos ante un derecho de configuración legal, con todas sus consecuencias. De hecho, en el fundamento jurídico cuarto afirma que no es preciso pronunciarse sobre la constitucionalidad del criterio diferenciador utilizado por la Mesa, al existir una extralimitación de la norma supletoria. Desde este punto de vista, se puede afirmar que la sentencia no afirma ni niega, ni de forma directa ni *a sensu contrario*, la constitucionalidad de ese criterio de diferenciación. No obstante, en su fundamento jurídico sexto se podría encontrar un cierto apoyo a la ilegitimidad de dicho criterio, en cuanto que se afirma finalmente que no sólo se ha vulnerado el reglamento, sino también, directamente, el artículo 23.2 CE; aunque posiblemente lo diga por cuanto, tal como se deduce del fundamento jurídico quinto, nos encontraríamos en realidad con una norma carente de abstracción, dictada para el caso concreto y mediante una alteración *a posteriori* del estatuto del grupo mixto.

Un comentario a la STC 44/1995 puede verse en M.^a J. LARIOS PATERNA, «El grupo mixto y el transfuguismo político. Un comentario a la STC 44/95, de 13-2», cit., págs. 239 ss. Esta autora opina que la resolución anulada por el TC, y en la que se restringían los derechos del grupo mixto cuando sus miembros procedan del transfuguismo, no lesionaba el Reglamento del Parlamento de Cataluña, sino que se limitaba a desarrollarlo y adaptarlo a una realidad nueva. A mi juicio, a esta argumentación se podrían hacer dos objeciones. La primera de ellas es de carácter sustantivo: la prohibición del mandato imperativo. La segunda es de carácter formal: si las normas supletorias no tienen fuerza de ley (STC 119/1990), no pueden regular el estatuto de los parlamentarios; dicho en otros términos, la habilitación para regularlo a través de una norma supletoria, si existe, es insuficiente. Esta segunda objeción es más enjundiosa, como lo demuestra el hecho de que en numerosos reglamentos se prevé incluso la imposibilidad de que los tránsfugas se incorporen al grupo mixto (se trataría de un caso análogo al de los concejales no adscritos). En todo caso, como afirma J. M.^a MORALES ARROYO, «Un avance en la jurisprudencia constitucional sobre el control de las resoluciones parlamentarias», *REDC*, 46, 1996, págs. 278 ss., bajo la sentencia subyace asimismo un argumento material que habría invalidado la regulación aun si se hubiera efectuado por el reglamento; ya que, a juicio del TC, se introduce una sanción *ex post factum* —lo que también se afirma en la STC 119/1990—.

La STC 214/1990 afirma que la modulación del régimen jurídico del grupo mixto cuando el mismo se forme por sólo un diputado es posible siempre y cuando el parlamentario no se vea privado de sus derechos individuales y de participación en la Cámara. Esta sentencia desestima un recurso de amparo presentado por el único integrante del grupo mixto en la Asamblea de Madrid, contra un acuerdo de la Mesa que reducía el número de puestos en las comisiones y la subvención fija a percibir por el grupo mixto, con base en que el mismo no llegaba al mínimo de cinco miembros. La sentencia señala que todos los diputados tienen derecho, al menos, a formar parte de una comisión, según el Reglamento, pero no a integrarse en todas las de carácter permanente.

En relación con el fenómeno del transfuguismo en los entes locales, véase PRESNO LINE-RA, «La superación del transfuguismo político en las Corporaciones locales como exigencia de una representatividad democrática», *REALA*, 277, 1998, págs. 117 ss.

D) *La remisión al reglamento orgánico y a la legislación autonómica: alcance y significado*

En todo caso, el artículo 73.3 remite la regulación de la forma de ejercicio de los derechos políticos y económicos de los concejales no adscritos a lo que dispongan el reglamento orgánico y la legislación autonómica; si bien esos derechos nunca podrán ser superiores a los que hubieran ostentado de haber permanecido en el grupo de procedencia⁶⁰. Esto significa que eventualmente se les podría, con el límite mencionado, dar participación en las comisiones u otros órganos en principio estructurados en grupos; por ejemplo, estableciendo el derecho de todo concejal a formar al menos parte de una comisión. Pero lo que no se podría, por ejemplo, es permitir que por esta vía el concejal no adscrito se integrara en un número de comisiones superior a las que pertenecía antes de pasar a esta situación⁶¹.

Por supuesto, dados los tajantes términos de la STC 214/1989, en este punto existirá una relación de subordinación del reglamento orgánico a la legislación autonómica; de forma que si ésta regulara en términos restrictivos esos derechos de los concejales no adscritos, el reglamento orgánico no podría mejorar el peculiar *status* de esos concejales. Pero, en cualquier caso, las posibilidades que el artículo 73.3 ofrece en este punto a la legislación autonómica y al reglamento orgánico son insuficientes para enervar los problemas que el precepto plantea desde el punto de vista del derecho del artículo 23.2 CE, que, no olvidemos, primordialmente es un derecho a la igualdad, aunque proyectado sobre el ejercicio de cargos y funciones públicos⁶².

⁶⁰ La dicción da pie a plantear si la misma restricción sería aplicable en los casos de no integración originaria en el grupo constituido por la formación electoral. Pero, si es así, la norma utiliza una referencia incorrecta a la hora de establecer la posibilidad de que existan dos regímenes diferentes de concejales no adscritos. Porque el referente no debería ser el carácter originario o sobrevenido de la no adscripción —así, puede verse el voto particular al dictamen del Consejo Consultivo catalán de 18 de diciembre de 2001, citado—, sino más bien habría que estar a la causa que la haya fundamentado. Así, por ejemplo, sería razonable que a los expulsados se les diera un tratamiento distinto y más favorable que aquellos cuya no adscripción ha sido voluntaria. Si la intención de la norma ha sido, en efecto, permitir dos regímenes diferentes atendiendo al factor temporal antes mencionado, quizá la razón radique en la posible perturbación al trabajo y la organización municipal que pudiera producirse a consecuencia de los cambios en la composición de los grupos (reajuste de los miembros de las comisiones, por ejemplo). En todo caso, no parece que sea éste el sentido de la norma; ésta sólo establece diferencias en el caso de la ruptura de coaliciones electorales

⁶¹ ALONSO HIGUERA, *op. cit.*, págs. 109, señala que la Ley 57/2003 adopta en este punto una solución abierta, pero en todo caso insuficiente, si se tiene en cuenta que la nueva regulación es excesivamente imprecisa, y que también lo son algunas normas autonómicas, como el artículo 50 del Texto refundido catalán.

⁶² De hecho, con acierto, el dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Generalidad catalana de 18 de diciembre de 2001 señala que puede vulnerar el principio de seguri-

En suma, la legislación básica estatal debería haber configurado un *status* mínimo aplicable a los concejales no adscritos; por ejemplo, otorgándoles el derecho a participar en al menos una comisión informativa. Pensemos que si bien con anterioridad el derecho a participar en esas comisiones era un derecho de los grupos, y no de los concejales individualmente, da la impresión de que, en la actualidad, sin más, los concejales no adscritos *no podrán participar* (que es algo distinto de *podrán no participar*, si así lo decidiera su grupo) en esos órganos complementarios, a menos que la legislación autonómica o el reglamento orgánico digan lo contrario.

Es decir, el artículo 73.3 no cumple con la función a que debe servir en este punto la normativa básica estatal: la de asegurar un *status* mínimo específico para los concejales no adscritos⁶³. Porque si bien es verdad que quedan garantizados a estos concejales los derechos de ejercicio individual, como el voto o el acceso a la información municipal⁶⁴, muchos otros derechos de participación se instrumentan mediante los grupos municipales, de los que los no adscritos quedan excluidos.

5. CONCLUSIÓN

Resulta clara cuál es la finalidad de la modificación del artículo 73.3 de la Ley de bases de régimen local, al haberse introducido la figura de los concejales no adscritos. Se trata de una reacción más del Ordenamiento, en la línea ya anticipada por diversas normas autonómicas reguladoras del estatuto de los miembros de las entidades locales, ante los fenómenos del transfuguismo; reacción que, como ya sabemos, tiene su origen en el acuerdo de 1998.

dad jurídica una regulación que no concrete cuál es el específico estatuto de los concejales no adscritos, con precisión de los derechos o facultades que se vean afectados por dicha situación; añada el dictamen que ello es aún más grave si se tiene en cuenta que nos encontramos ante un derecho fundamental.

⁶³ Entiendo que ello es función esencial de la legislación básica estatal sobre el régimen local, régimen local donde, sin problemas, debe incardinarse lo relativo al estatuto de los miembros de las Corporaciones locales.

En efecto, también se podría pensar que, en este punto, esa función de la Ley estatal vendría más bien dada en virtud del título competencial previsto en el artículo 149.1.1 CE. Sin embargo, esta interpretación no parece correcta, desde el momento en que el Tribunal Constitucional ha entendido que el artículo 149.1.1 CE simplemente habilita al Estado para imponer límites, en aras de esa igualdad, a la legislación autonómica; pero sin que ésta se halle condicionada en caso de que el Estado no ejercite dicha competencia —vid. STC 173/1998, de 23 de julio—. Y, por esta razón, la STC 217/2004, entre otras, ha entendido que no se puede acudir a la legislación preconstitucional como límite al ejercicio de la competencia autonómica basado en el artículo 149.1.1 CE; a diferencia (STC 32/1981, de 28 de julio) con lo que pasa con las normas básicas.

⁶⁴ Sobre este derecho pueden verse P. A. ALSINA GISPERT, «Acceso a la documentación municipal por parte de los concejales (derecho a estar informado)», *REALA*, 269, 1996; A. KOWNICKX FRASQUET, en *Comentarios a la legislación básica de régimen local*, 2.ª ed., cit., págs. 1281 ss.

También es cierto, sin embargo, que los supuestos comprendidos en esta figura no responden, al menos todos ellos, al transfuguismo; además de que esta conducta no siempre responderá a móviles ilegítimos. El problema no es tanto el transfuguismo como el sistema electoral, de listas cerradas y bloqueadas⁶⁵.

Y también lo es que, aun cuando el artículo 23 CE establece un derecho de configuración legal, los derechos de participación se estructuran en gran medida a través de los grupos políticos; de forma que ese derecho puede experimentar una merma desproporcionada como consecuencia de la nueva regulación. Si, desde luego, tiene sentido la previsión de que los derechos económicos de los no adscritos (al menos, los procedentes del transfuguismo) no puedan ser superiores a los que tenían antes de abandonar el grupo de procedencia, a fin de evitar situaciones de franco abuso, será muy necesario que, en relación con los derechos de participación, la legislación autonómica o el reglamento orgánico establezcan medidas que palién, en relación con estos concejales, las consecuencias de la participación a través de los grupos; por ejemplo, posibilitando que los no adscritos puedan formar parte de alguna comisión o, mejor aún, estableciéndose el derecho de todo concejal a formar parte, al menos, de alguna de ellas. Es función de la legislación básica estatal el establecimiento de un *status* mínimo para todos los miembros de las Corporaciones locales; sin embargo, el artículo 73.3 de la Ley 7/1985 no cumple con esta función.

Porque, en suma, aun cuando nos encontramos ante un derecho de configuración legal, eso significa, básicamente, que en el *status* del concejal se integran los derechos y facultades reconocidos en las leyes reguladoras de dicho estatuto; pero ello no comporta una absoluta desconstitucionalización del derecho reconocido en el artículo 23.2 CE, que, como es sabido, es ante todo un derecho de igualdad. No debe olvidarse que la igualdad no sólo se proyecta en la aplicación de la ley (lo que, a fin de cuentas, era el caso resuelto por las sentencias dictadas hasta el momento por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo), sino que también se configura como igualdad en o ante la propia ley; lo que significa que, aun cuando el

⁶⁵ Todavía tiene menos sentido la regulación de los concejales no adscritos en los municipios entre 100 y 250 habitantes, en cuanto que en estos casos nos encontramos con un sistema electoral mayoritario, sin listas bloqueadas. Por tanto, aquí es mucho más claro que los electores votan al representante, y no a la lista. Vid., en cambio, para el supuesto general, STC 75/1985, que señala que en un sistema de lista no se puede hablar de votos recibidos por los candidatos singularmente considerados. En esta declaración se basan tanto la STC 31/1993 como la STC 185/1993. De cualquier forma, en esos pequeños municipios el problema no es tan severo (si bien no desaparece), ya que en ellos las comisiones informativas no son obligatorias.

legislador tenga una cierta libertad de configuración del estatuto jurídico de los concejales, esa libertad no puede amparar la existencia de desigualdades de tratamiento, entre quienes ostentan tal condición, que no se hallen justificadas en términos de suficiencia o proporcionalidad.

Y, aun cuando conserven sus derechos individuales, el peso específico de la instrumentación de la participación mediante los grupos coloca a los no adscritos, al menos en su regulación actual, en una situación de franca desventaja que difícilmente puede entenderse justificada en aquellos términos. No puede olvidarse que, en este caso, la igualdad ante la ley se proyecta, además, sobre el ejercicio de un derecho fundamental sustantivo, recogido en el artículo 23.2 CE; y ello exige una carga reforzada de justificación de las desigualdades de tratamiento previstas en la propia norma. Máxime cuando el punto de partida es en todos los casos el mismo: la cualidad de la representación.