

CICLO DE SEMINARIOS DE ACTUALIZACIÓN JURÍDICA LOCAL
“JOSEP MARIA ESQUERDA” 2022

Tercera sesión: 18 de marzo de 2022

**EL NOMBRAMIENTO DEL CONCEJAL NO ADSCRITO PARA CARGOS
DISCRECIONALES Y LAS DELEGACIONES DEL ALCALDE A RESULTAS
DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

Dr. Alfredo Galán Galán

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universitat de Barcelona

Director de la Fundación Democracia y Gobierno Local

I. OBJETO DE LA INTERVENCIÓN

Es objeto de la presente intervención describir y valorar la reciente jurisprudencia relativa a los casos de nombramiento de concejales no adscritos en cargos de gobierno y administración del municipio. Este estudio se realizará desde la óptica del Derecho Administrativo y, particularmente, del Derecho Local, sin abarcar otras perspectivas posibles.

Se prestará especial atención a la doctrina establecida en la Sentencia núm. 1401/2020, de 26 de octubre de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo, recurso de casación núm. 1178/2019 (ECLI:ES:TS:2020:3320). Se dará cuenta, además, de algún pronunciamiento judicial posterior, en concreto, de la Sentencia núm. 1/2022, de 11 de enero de 2022, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Badajoz, recurso núm. 40/2021 (ECLI:ES:JCA:2022:2).

Para la preparación de la intervención se ha tomado como base el Informe que he elaborado, a petición de la Diputación de Barcelona, en fecha 19 de abril de 2021, “sobre el alcance de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1401/2020, de 26 de octubre, en relación con los nombramientos de concejales no adscritos para cargos discrecionales y las delegaciones del alcalde”.

II. EL OBJETO DE LA CONTROVERSIJA JURÍDICA: LA INTERPRETACIÓN DEL LÍMITE DEL ARTÍCULO 73.3.3º DE LA LBRL

El objeto de la controversia jurídica es la interpretación del alcance del límite establecido en el artículo 73.3.3º de la LBRL en relación con el concejal no adscrito.

Según establece el artículo 73.3.3º LBRL: “Los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia, y se ejercerán en la forma que determine el reglamento orgánico de cada corporación”.

Como luego veremos, en efecto, el ATS de 4 de octubre de 2019 fijó, como cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, la siguiente: “interpretar el alcance del límite previsto en el párrafo tercero del artículo 73.3 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, concretamente, qué ha de entenderse por los derechos económicos y políticos de los miembros de la corporación local no adscritos que no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de haber permanecido en su grupo de procedencia”.

En relación con este precepto legal, es de utilidad hacer las siguientes consideraciones:

- a) El artículo 73.3.3º de la LBRL forma parte del “estatuto de los miembros de las corporaciones locales” (capítulo V; del título V relativo a las “Disposiciones comunes a las entidades locales”).
- b) Este precepto legal tiene carácter de legislación básica, en virtud del título competencial atribuido al Estado por el artículo 149.1.18 de la Constitución. En consecuencia, es de aplicación al conjunto de administraciones públicas. Así se establece claramente en la disposición final primera de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre. Según esta disposición final primera, en efecto, “los preceptos contenidos en esta ley [incluida la nueva redacción del artículo 73.3 de la LBRL] (...) constituyen legislación básica del Estado en materia de régimen local, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.18 de la Constitución”. También lo ha reconocido expresamente, en relación con la totalidad del artículo 73.3 de la

LBRL, la STC 246/2012, de 20 de diciembre, al afirmar que “es norma básica tanto en sentido formal como material” (fundamento jurídico octavo). El carácter básico del tercer apartado de ese precepto legal, en concreto, ha sido reafirmado en la STC 103/2013, de 25 de abril (fundamento jurídico quinto, letra L).

- c) El límite legal en examen tiene su origen formal e inmediato en la reforma de la LBRL operada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local.

La exposición de motivos de la ley de reforma no incluye ninguna referencia expresa a este límite.

- d) Ese mismo límite legal tiene su origen material y mediato en los acuerdos contra el transfuguismo firmados por los partidos políticos, en concreto:

- 1) El “Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo”, de 7 de julio de 1998.

- 2) La I Adenda, “Renovación del acuerdo sobre un código de conducta en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales”, de 26 de septiembre de 2000.

- 3) La II Adenda, “Un compromiso por el respeto a la voluntad de los ciudadanos y a la lealtad política en los gobiernos locales”, de 23 de mayo de 2006.

- 4) La III Adenda, “Pacto por la estabilidad institucional. Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las instituciones democráticas”, de 11 de noviembre de 2020.

- e) Es posible una interpretación finalista o teleológica del artículo 73.3.3º LBRL dada su vinculación con los acuerdos políticos contra el transfuguismo.

La conexión entre los acuerdos políticos contra el transfuguismo y el límite legal al concejal no adscrito del artículo 73.3.3º de la LBRL es indiscutido.

Los propios acuerdos políticos establecen esa conexión. En concreto, el acuerdo tercero de la II Adenda afirma que el límite legal “es fruto” de esos acuerdos políticos. La finalidad buscada por las fuerzas políticas firmantes, siendo el citado límite legal una concreción, es <evitar las llamadas “plusvalías del disidente>. Finalidad que se concreta en las medidas que allí se enumeran. Conviene destacar, a los efectos de nuestro estudio, el compromiso que asumen las fuerzas políticas de no incorporar a los concejales tráfugas “en sus equipos de gobierno municipal”; el rechazo de “la posibilidad de que por parte del alcalde se efectúe cualquier nombramiento político que implique atribuciones de gobierno o delegación genérica o especial de las mismas, con los consiguientes derechos políticos y económicos”; y no nombrarles “representantes del ayuntamiento en entidades empresariales o financieras, fundaciones, cajas y demás entidades de las que el ayuntamiento forme parte”.

Esta vinculación ha sido reiteradamente destacada por el Tribunal Constitucional, afirmando que el mencionado precepto legal tiene su origen en los acuerdos políticos contra el transfuguismo (así, STC núm. 9/2012, de 18 de enero, fundamento jurídico quinto; idea reiterada en las posteriores SSTC núm. 246/2012, de 20 de diciembre, fundamento jurídico quinto, y núm. 151/2017, de 21 de diciembre, fundamento jurídico quinto).

La conexión indicada también se reconoce expresamente en la STS núm. 1401/2020, en los siguientes términos: “Tal regulación [artículo 73.3.3º de la LBRL] trae su causa del Acuerdo de 7 de julio de 1998 firmado por diversos partidos políticos, del documento de 26 de septiembre de 2000 por el que se renueva ese Acuerdo y por la II adenda del mismo de 26 de mayo de 2006, de los que se deduce sin matiz una idea de censura a lo que se denomina transfuguismo”. Y se añade: “Estos acuerdos se basan en la idea de que el transfuguismo implica una alteración o falseamiento de la representación política, en cuanto actuación desleal hacia la voluntad que los ciudadanos manifestaron con sus votos. Con tal inspiración, del artículo 73.3.3º de la LBRL se deduce una intención disuasoria del transfuguismo, idea que recoge la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala” . Y concluye: <Al respecto no está de más recordar que en la II adenda de 26 de mayo de 2006 al Acuerdo de 1998, se acordó lo

siguiente: “Igualmente, los partidos políticos se comprometen a no aceptar en sus equipos de gobierno municipal a miembros de la corporación que se hayan convertido en tráfugas con respecto a sus grupos de procedencia, y rechazan la posibilidad de que por parte del Alcalde se efectúe cualquier nombramiento político que implique atribuciones de gobierno o delegación genérica o especial de las mismas, con los consiguientes derechos políticos y económicos, en favor de los tráfugas” > (fundamento jurídico cuarto, apartados 1, 2 y 4).

Cabe destacar, por lo tanto, que el Tribunal Supremo, en la sentencia citada y que es objeto de nuestro examen, bajo el presupuesto de la conexión analizada, utiliza los acuerdos políticos contra el transfuguismo como un elemento interpretativo del artículo 73.3.3º de la LBRL. En rigor, lo que hace la sentencia es una interpretación teleológica del precepto legal, identificando su finalidad con la propia de dichos acuerdos: la lucha contra el transfuguismo en las corporaciones locales.

III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL LÍMITE DEL ARTÍCULO 73.3.3º DE LA LBRL

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance del límite del artículo 73.3.3º de la LBRL, habitualmente en el marco de su relación con el derecho fundamental de participación política de los cargos públicos representativos del artículo 23.2 de la Constitución: “Asimismo, [los ciudadanos] tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

Son especialmente de interés las siguientes resoluciones del TC:

- 1) STC núm. 169/2009, de 9 de julio.
- 2) STC núm. 9/2012, de 18 de enero.
- 3) STC núm. 30/2012, de 1 de marzo.
- 4) STC núm. 246/2012, de 20 de diciembre.
- 5) STC núm. 103/2013, de 25 de abril.
- 6) STC núm. 151/2017, de 21 de diciembre.
- 7) STC núm. 159/2019, de 12 de diciembre.

8) ATC núm. 126/2020, de 21 de octubre.

Del conjunto de consideraciones que hace el Tribunal Constitucional en estas resoluciones, destacamos seguidamente las que tienen mayor interés a los efectos de nuestro estudio:

- a) El Tribunal Constitucional recuerda que el derecho fundamental de participación política de los cargos públicos representativos del artículo 23.2 de la Constitución es un derecho de “configuración legal”, en el sentido de que corresponde primeramente a las leyes fijar y ordenar los derechos y facultades que corresponden a los representantes políticos. Una vez que la ley ha realizado ya esa labor, esos derechos y atribuciones quedan integrados en el status propio del cargo. La consecuencia es que, a partir de ese momento, en virtud del artículo 23.2 de la Constitución, los titulares del cargo podrán reclamar protección cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos del poder público, incluso por actos procedentes de la institución pública de la que formen parte.
- b) La vulneración del derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución no se produce con cualquier acto del poder público que infrinja el estatuto jurídico aplicable al representante político. En efecto, sólo posee relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa.
- c) El “núcleo de la función representativa”, “núcleo esencial” o “núcleo inherente”, según el Tribunal Constitucional, se corresponde con aquellas funciones que sólo pueden ejercer los titulares del cargo público por ser la expresión del carácter representativo de la institución. Y que, por tanto, son aquellas de las que no pueden ser privados incluso en el caso de que los titulares del cargo público hayan optado por abandonar el grupo político de procedencia.
- d) El Tribunal Constitucional, de manera progresiva, en sucesivos pronunciamientos, ha determinado, en positivo y en negativo, el contenido concreto de ese “núcleo esencial”.

e) En positivo, sí que forman parte de ese “núcleo esencial” los siguientes derechos o facultades:

- 1) El derecho a participar en la actividad de control del gobierno local (presentar mociones y escritos).
- 2) El derecho a participar en el pleno de la corporación. Esta participación debe ser “plena”. Ello significa que debe asegurarse: a) la participación en las deliberaciones; y b) el voto.
- 3) El derecho a participar en las comisiones informativas. Esta participación también debe ser “plena”. Ello significa que debe asegurarse: a) la asistencia a las comisiones informativas; b) la participación en las deliberaciones; y c) el voto.
- 4) El derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores funciones.

La consecuencia es que estos contenidos no pueden ser objeto de limitación vía artículo 73.3.3º LBRL.

f) En negativo, en cambio, no forma parte de ese “núcleo esencial”:

- 1) La necesaria adscripción a un grupo político. A contrario, no lo vulnera la falta de adscripción. El concejal no adscrito no puede integrarse en ninguno de los grupos políticos existentes ni tampoco crear uno nuevo. Con las consecuencias que de ello puedan derivarse, así:
 - 1.1) La pérdida de los beneficios económicos y la infraestructura asociada al grupo.
 - 1.2) La imposibilidad de formar parte de la Junta de Portavoces.
- 2) Los derechos de contenido económico (retribuciones).
- 3) La pertenencia a la Junta de Gobierno Local o la designación como teniente de alcalde. Posteriormente, el Tribunal Constitucional lo extiende al

nombramiento en general para “cargos relacionados con el gobierno y la administración del municipio”.

Todos estos contenidos son considerados ajenos al ejercicio de la función representativa que corresponde al concejal y, por tanto, no forman parte del núcleo esencial de dicha función. La consecuencia es que su eliminación o limitación, vía artículo 73.3.3º LBRL, no supone una vulneración del artículo 23 de la Constitución.

IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 1401/2020, DE 26 DE OCTUBRE DE 2020

1. DESCRIPCIÓN DEL SUPUESTO FÁCTICO

Del conjunto de sentencias recaídas en el caso que se examina, pueden deducirse los hechos siguientes como probados:

- a) El Ayuntamiento de Font de la Figuera está integrado por 11 concejales. El 24 de mayo de 2015 se celebraron elecciones municipales, dando los siguientes resultados: 5 concejales del PP; 3 concejales de Compromís; 2 concejales del PSPV-PSOE; y 1 concejal de Ciudadanos.
- b) El 13 de junio de 2015 se celebró la sesión constitutiva del nuevo Ayuntamiento. La votación para la elección del alcalde fue secreta. La candidata del PP (Sra. Luisa) obtuvo 5 votos. El candidato de Compromís (Sr. Alfredo) obtuvo 6 votos y, por tanto, fue elegido alcalde.
- c) El 19 de junio de 2015, la concejala de Ciudadanos (Sra. Martina) comunicó su salida del partido Ciudadanos, pidiendo el pase a concejal no adscrita.
- d) Mediante dos Decretos de Alcaldía, núms. 88/2015 y 89/2015, ambos de 24 de junio de 2015, y un Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, de 29 de junio de 2015, la Sra. Martina fue objeto de diversos nombramientos municipales. En concreto, los siguientes: primera teniente de alcalde, con una retribución de 350 euros al

mes; concejala delegada del Área de Promoción Económica y Turismo, Sanidad y Tráfico; miembro de las tres comisiones informativas municipales; miembro de la Junta de Gobierno Local; representante del municipio en la Asamblea General del Consorcio de Bomberos de Valencia y en la Dirección General de Prevención, Extinción de Incendios y Emergencias de la Generalitat Valenciana, con la previsión de 42 euros por desplazamiento; y tesorera-depositaria, con retribución de 150 euros al mes.

- e) El 29 de junio de 2015 se acordó en el Pleno del Ayuntamiento el pase de la Sra. Martina a la condición de concejala no adscrita.
- f) La Sra. Luisa (candidata a alcaldesa por el PP) interpuso recurso contencioso-administrativo (núm. 325/2015) contra los nombramientos de la Sra. Martina, en concreto, contra los Decretos de Alcaldía núm. 88/2015 y 89/2015, de 24 de junio de 2015, y contra el Acuerdo del Pleno de 29 de junio de 2015.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Valencia, por Sentencia núm. 162/2016, de 30 de mayo de 2016, estimó el recurso interpuesto. El tenor literal de su parte dispositiva es el siguiente: “Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Doña Luisa en su condición de concejal del Ayuntamiento de la Font de la Figuera (...) contra el Decreto de Alcaldía (...) núm. 88/2015 y 89/2015 de 24 de junio de 2015 y Acuerdo del Pleno de 29 de junio de 2015. Se anulan los actos impugnados en los extremos relativos a los nombramientos de la concejal no adscrita, ordenando al Ayuntamiento a que proceda a la cuantificación de las retribuciones e indemnizaciones económicas indebidamente satisfechas a aquella instando su devolución”.

- g) Contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Valencia, el Ayuntamiento interpuso recurso de apelación (núm. 356/2016), que fue estimado parcialmente mediante la Sentencia de 31 de octubre de 2018, del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera. Según su tenor literal, se ordena: “Revocar dicha Sentencia, únicamente en el sentido expresado en el apartado sexto, entendiendo que la anulación de los nombramientos efectuada en el fallo de la Sentencia no afecta al

nombramiento realizado de la concejal no adscrita para el Consejo Agrario Municipal, cargo en el que deberá ser mantenida”.

La sentencia de apelación, por lo tanto, confirma la anulación de nombramientos efectuada en el fallo de la sentencia de instancia, con la única salvedad de que dicha anulación no debe extenderse al nombramiento para el Consejo Agrario Municipal. Así lo advierte expresamente el Tribunal Superior de Justicia, al afirmar que la impugnación debe ser acogida “en el sentido de entender única y exclusivamente excluido del fallo el nombramiento” de la concejala no adscrita “para el Consejo Agrario Municipal” (fundamento jurídico sexto). Esta persona deberá ser mantenida en este último cargo, al acoger la sentencia de apelación un vicio de incongruencia *extrapetitur*, por entender que la sentencia de instancia se pronuncia en relación con cuestiones no planteadas por las partes, ya que ese nombramiento no fue objeto de impugnación.

- h) Contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, el Ayuntamiento interpuso recurso de casación (núm. 1178/2019).
- i) El Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, mediante Auto de 4 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:10429A), acuerda admitir a trámite el recurso interpuesto y precisa que la cuestión que tiene interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia es la siguiente: “interpretar el alcance del límite previsto en el párrafo tercero del artículo 73.3 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, concretamente, qué ha de entenderse por los derechos económicos y políticos de los miembros de la corporación local no adscritos que no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de haber permanecido en su grupo de procedencia”. De manera coherente, se identifica “como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, (...) el artículo 73.3, párrafo tercero, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiese el debate finalmente trabado en el recurso”.

El supuesto de interés casacional objetivo invocado es el presumido en el artículo 88.3.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA): “Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia”.

En los razonamientos jurídicos del mencionado auto, el Tribunal Supremo afirma, de entrada, “que, efectivamente, concurre el presupuesto consistente en la inexistencia de jurisprudencia”. No obstante, advierte que la admisión del recurso de casación requiere, además, que el asunto no carezca manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (artículo 88.3, último párrafo, de la LJCA). En este punto, considera el Tribunal Supremo que “lejos está de ser así en este supuesto”. Y añade: “En efecto, el escrito de preparación [del recurso de casación] plantea una cuestión jurídica de alcance general que trasciende del caso objeto del proceso, suscitando problemas hermenéuticos extrapolables a otros casos. Concretamente, se plantea la interpretación del párrafo tercero del artículo 73.3 de la Ley reguladora de Bases del Régimen Local”. Y prosigue: “Planteada en tales términos y en aras al principio de seguridad jurídica, no cabe duda que la cuestión interpretativa trasciende del caso concreto objeto del proceso, pues afecta al marco jurídico aplicable al estatuto de los miembros de las corporaciones locales y puede resultar determinante para el sistema democrático y representativo, al afectar las funciones que, mediante eventuales nombramientos, puedan resultar asumibles por los concejales no adscritos, a resultas de la ruptura de la disciplina de voto” (razonamiento jurídico segundo).

- j) El Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, mediante Sentencia núm. 1401/2020, de 26 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3320), estima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, “sentencia que se casa y anula exclusivamente en cuanto que anula la integración de Doña Martina en las comisiones informativas, confirmándose el resto de sus pronunciamientos”.

Asimismo, se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Valencia, “sentencia que se revoca en cuanto que anula la integración de Doña Martina en las comisiones informativas, confirmándose el resto de sus pronunciamientos y manteniéndose el pronunciamiento de la sentencia de apelación en cuanto que anuló su integración en el Consejo Agrario Municipal”.

2. CUESTIÓN DE INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA

De conformidad con el ATS de 4 de octubre de 2019, la STS núm. 1401/2020 fija como cuestión de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia la siguiente: “interpretar el alcance del límite previsto en el párrafo tercero del artículo 73.3 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, concretamente, qué ha de entenderse por los derechos económicos y políticos de los miembros de la corporación local no adscritos que no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de haber permanecido en su grupo de procedencia” (antecedente de hecho cuarto).

3. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA SENTENCIA

El Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 1401/2020 que estamos analizando, hace las siguientes consideraciones en relación con el límite del artículo 73.3.3º de la LBRL:

- a) El artículo 73.3.3º de la LBRL tiene como objeto establecer limitaciones al ejercicio de los derechos civiles y políticos de los concejales no adscritos.

Según el fundamento jurídico cuarto de la STS núm. 1401/2020: “El artículo 73.3.3º de la LBRL establece limitaciones al ejercicio de derechos políticos y económicos por los concejales no adscritos” (apartado 1).

- b) El límite del artículo 73.3.3º de la LBRL “trae su causa” de los acuerdos políticos contra el transfuguismo. En consecuencia, de este precepto legal se deduce una

“intención disuasoria” del transfuguismo, como ya se recoge en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo.

Según el fundamento jurídico cuarto de la STS núm. 1401/2020: “Tal regulación [artículo 73.3.3º de la LBRL] trae causa del Acuerdo de 7 de julio de 1998 firmado por diversos partidos políticos, del documento de 26 de septiembre de 2000 por el que se renueva ese Acuerdo y por la II Adenda al mismo de 26 de mayo de 2006, de los que se deduce sin matiz una idea de censura a lo que se denomina el transfuguismo” (apartado 1). Y se añade: “Estos acuerdos se basan en la idea de que el transfuguismo implica una alteración o falseamiento de la representación política, en cuanto actuación desleal hacia la voluntad que los ciudadanos manifestaron con sus votos. Con tal inspiración, del artículo 73.3.3º de la LBRL se deduce una intención disuasoria del transfuguismo, idea que recoge la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala” (apartado 2).

En concreto, el Tribunal Supremo recuerda el compromiso asumido por los partidos políticos de excluir a los tránsfugas del gobierno y administración municipales: <Al respecto, no está de más recordar que en la II Adenda de 26 de mayo de 2006 al Acuerdo de 1998, se acordó lo siguiente: “Igualmente, los partidos políticos se comprometen a no aceptar en sus equipos de gobierno municipal a miembros de la corporación que se hayan convertido en tránsfugas con respecto a sus grupos de procedencia, y rechazan la posibilidad de que por parte del alcalde se efectúe cualquier nombramiento político que implique atribuciones de gobierno o delegación genérica o especial de las mismas, con los consiguientes derechos políticos y económicos, en favor de los tránsfugas”> (apartado 4, del mismo fundamento jurídico cuarto).

En relación con el caso concreto examinado, el fundamento jurídico sexto de la STS núm. 1401/2020, “partiendo de los hechos probados” concluye que estamos ante un caso de transfuguismo: “Es cuestión pacífica que el cambio del sentido del voto de doña Martina respondió a un caso de transfuguismo” (apartado 1.1). Y añade: <En la sesión constitutiva, doña Martina votó a don Alfredo como alcalde, y la sala de instancia declara probado que con su voto incumplió la promesa electoral del partido con el que concurrió a las elecciones. Tras esa sesión

comunicó que abandonaba el grupo de Ciudadanos su deseo de pasar a ser concejal no adscrito. A estos efectos, la Ley valenciana 8/2010 [de régimen local de la Comunidad Valenciana] (...) amplía el concepto de concejal no adscrito al supuesto de autos: “Haber abandonado o haber sido expulsado de la formación política que presentó la candidatura por la que concurren a las elecciones” [artículo 134.4.d)]> (apartado 1.2).

- c) Con fundamento en la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, dentro del conjunto de derechos políticos y económicos ligados a la condición de concejal hay que distinguir dos grupos. En primer lugar, aquellos derechos derivados del mandato representativo otorgado por los electores y que constituyen el “núcleo de la función representativa”. Este grupo de derechos constituyen el “contenido esencial” de un derecho fundamental, en concreto, del recogido en el artículo 23.2 de la Constitución, y, por tanto, “son indisponibles”. De esta indisponibilidad se deriva que “no pueden ser negados ni limitados” a ningún concejal, tampoco al concejal no adscrito. En segundo lugar, el resto de derechos que integran el estatuto del concejal.
- d) En estrecha conexión con la afirmación anterior: el límite del artículo 73.3.3º de la LBRL no puede afectar a los derechos políticos y económicos del concejal no adscrito que sean “indisponibles por ser consustanciales a la condición de concejal” (los del primer grupo). En consecuencia, solamente puede incidir en los otros “distintos” de los primeros (los del segundo grupo).

En otras palabras, el límite del artículo 73.3.3º de la LBRL pretende combatir el fenómeno del transfuguismo por la vía de evitar que el pase a la condición de concejal no adscrito “suponga un incremento o mejora del estatus”, tomándose como referencia “aquellos beneficios políticos o económicos distintos de los indisponibles por ser consustanciales a la condición de concejal”.

Según el fundamento jurídico cuarto de la STS núm. 1401/2020: “A los efectos del artículo 73.3.3º de la LBRL en relación con las sentencias del Tribunal Constitucional 9, 30 y 243/2012, cabe señalar que hay derechos políticos o económicos ligados a la condición de concejal y derivados del mandato

representativo otorgado por los electores. Este abanico de derechos, constituyen el núcleo de la función representativa y, a los efectos del artículo 73.3.3º de la LBRL, son indisponibles conforme al contenido esencial del artículo 23.2 de la Constitución, luego no pueden ser negados ni limitados al concejal no adscrito” (apartado 5). Y añade a continuación: “Por el contrario, el artículo 73.3.3º de la LBRL disuade de que el pase a la condición de concejal no adscrito, por incurrir en transfuguismo, suponga un incremento o mejora del estatus, y se toma como referencia aquellos beneficios políticos o económicos distintos de los indisponibles por ser consustanciales a la condición de concejal. Así, el citado precepto toma como término de contraste los que ostentaba el concejal cuando estaba integrado en un grupo político y que abandona, de forma que tras ese abandono y consiguiente pase a la condición de concejal no adscrito no puede aumentarlos como contraprestación” (apartado 7).

- e) Así las cosas, resta por determinar los derechos derivados de la condición de concejal que integran cada uno de los dos grupos indicados, esto es, los que son indisponibles (no afectados por el límite del artículo 73.3.3º de la LBRL) y el resto de derechos (que sí pueden verse afectados por ese límite legal).
- f) El primer grupo de derechos, esto es, los que constituyen el “núcleo indisponible” y que, por tanto, no pueden ser eliminados ni limitados al concejal no adscrito (vía artículo 73.3.3º de la LBRL), son los siguientes: participar en el pleno, con voz y voto, ejercer funciones de control político, presentar preguntas, mociones, enmiendas y votos particulares, efectuar ruegos o preguntas, ejercer el derecho a la información y ostentar los honores y tratamientos propios de todo concejal. La STS núm. 1401/2020 se remite, en este sentido, a la STS 72/2020, de 24 de enero (recurso de casación núm. 5035/2018).

Según el fundamento jurídico cuarto de la STS núm. 1401/2020: “De la LBRL y del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (...) se deduce que tal núcleo indisponible se concreta en la participación en plenos con voz y voto, ejercer funciones de control político, presentar preguntas, mociones, enmiendas y votos particulares; efectuar ruegos, preguntas; ejercer el

derecho de información más ostentar los honores y tratamientos propios de todo concejal (cf. en este sentido la sentencia 72/2020, de 24 de enero, de esta Sección Cuarta, recurso de casación 5035/2018)” (apartado 6).

Es necesario advertir que, dentro de este primer grupo, hay que incluir también el derecho a participar en las comisiones informativas. Esto es objeto de un análisis separado y más detallado en la STS núm. 1410/2020, con cita de otras sentencias anteriores de la misma Sala (SSTS de 17 de enero de 2001 -recurso de casación núm. 9262/1997- y de 28 de abril de 2006 -recurso de casación núm. 2048/2002-) y también del Tribunal Constitucional (STC 246/2012 y las otras que en ella se citan).

Según el fundamento jurídico quinto de la STS núm. 1401/2020: “al margen de que su regulación pivote sobre la figura del grupo político, la voluntad de las normas es que estén presentes [en las comisiones informativas] todos los grupos, luego también el concejal no adscrito, al ejercerse en tales órganos funciones ligadas al mandato representativo que ostenta como concejal, luego funciones propias del contenido indisponible al que se ha hecho referencia. Tal criterio se deduce de la jurisprudencia de esta Sala (cf. entre otras, las sentencias de la Sección Séptima de 17 de enero de 2001 o de 28 de abril de 2006, recursos de casación 9262/1997 y 2048/2002, respectivamente) o de la sentencia del Tribunal Constitucional 246/2012 y las que en ella se citan” (apartado 3).

- g) Dentro del segundo grupo de derechos, que sí pueden verse afectados por el límite que el artículo 73.3.3º de la LBRL establece en relación con el concejal no adscrito, se encuentran los siguientes: los cargos concedidos por decisión discrecional del alcalde, como ser designado teniente de alcalde e integrarse en la junta de gobierno; los cargos por delegación del alcalde; así como la asunción de cualquier otro cargo político de carácter discrecional. Según la STS núm. 1401/2020, esta tesis es “corroborada” por la SSTC 9/2012 y 246/2012.

Según el fundamento jurídico cuarto de la STS núm. 1401/2020: “De esta manera, la prohibición deducible del citado artículo [73.3.3º de la LBRL] afecta a los cargos concedidos por decisión discrecional del alcalde como ser designado

teniente de alcalde e integrarse en la junta de gobierno (...); también los cargos por delegación del alcalde (...), así como la asunción de cualquier otro cargo político de carácter discrecional, todo lo cual es corroborado por las sentencias del Tribunal Constitucional 9 y 246/2012” (apartado 8).

En relación con el caso concreto enjuiciado, en el apartado 2 del fundamento jurídico séptimo de la STS 1401/2020 se afirma: “Desde la literalidad del artículo 73.3.3º de la LBRL se ignora qué cargos de administración y gobierno hubiera obtenido doña Martina de haber cumplido las promesas electorales; ahora bien, eso es un futurible y la realidad del estatus de los concejales del PP se deduce que los cargos anulados implicaron para doña Martina una mejora en su estatus de concejal y en la instancia se declara está probado que fue la compensación por su voto determinante en la elección del alcalde” (apartado 3). A continuación, se afirma que los cargos anulados no son “consustanciales a la condición de concejal”. Con la excepción “de la integración de doña Martina en las comisiones informativas”.

Concluye la STS núm. 1401/2020 resolviendo la cuestión planteada y, en consecuencia, interpretando el alcance del límite establecido en el artículo 73.3.3º de la LBRL:

“1. (...) Se declara que el alcance del límite previsto en el artículo 73.3.3º de la LBRL se interpreta en el sentido de que las limitaciones que impone al concejal no adscrito no puede afectar a los derechos políticos y económicos ligados al ejercicio del mandato representativo otorgado por los electores como concejal electo.

2. Por el contrario el pase a la condición de concejal no adscrito, como consecuencia o por razón de un supuesto de transfuguismo, sí impide que se asuman cargos o que perciban retribuciones que antes no ejercía o percibía e impliquen mejoras personales, políticas o económicas. Queda excluida de esta limitación la incorporación a las comisiones informativas” (fundamento jurídico sexto).

V. VALORACIÓN DE LA DOCTRINA CONTENIDA EN LA STS NÚM. 1401/2020, DE 26 DE OCTUBRE

La STS núm. 1401/2020 que estamos analizando es clara y rotunda en su conclusión: el límite establecido en el artículo 73.3.3º de la LBRL para el concejal no adscrito, consistente en que sus derechos económicos y políticos no podrán ser superiores a los que le hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia, conlleva la prohibición de que puedan ocupar cargos de perfil ejecutivo, esto es, de gobierno y administración, en concreto, los cargos concedidos por decisión discrecional del alcalde, los cargos por delegación del alcalde, así como la asunción de cualquier otro cargo político de carácter discrecional. Aplicada esta doctrina interpretativa al caso concreto enjuiciado, el Tribunal Supremo confirma la corrección de las sentencias inferiores que habían anulado los nombramientos para ese tipo de cargos.

En nuestra opinión, la cuestión es más compleja de lo que resulta de la citada sentencia y habría requerido un tratamiento más cuidadoso para, seguramente, llegar a una conclusión distinta. En este sentido, renunciando de antemano a una pretensión de detalle, se hacen constar algunas consideraciones al respecto que pueden ser de interés.

1. LA PECULIARIDAD DEL NIVEL DE GOBIERNO MUNICIPAL DEBERÍA PONER EN CUESTIÓN LA AFIRMACIÓN DE QUE EL NÚCLEO DE LA FUNCIÓN REPRESENTATIVA DE TODO CONCEJAL SE LIMITA A SU RELACIÓN CON LA ASAMBLEA MUNICIPAL (EN PLENO O COMISIÓN), SIN EXTENDERSE AL DESEMPEÑO DE CARGOS EJECUTIVOS

La STS núm. 1401/2020, siguiendo una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sostiene que el núcleo -inherente o esencial- de la función representativa del concejal se circunscribe a facultades relacionadas con la asamblea municipal, ya sea en pleno o comisión (así, participar en la actividad de control del gobierno municipal; asistencia, participación y voto en las deliberaciones del pleno; y asistencia, participación y voto en las comisiones). Todo ello, por su conexión con el contenido esencial del derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución, constituye un contenido indisponible para el legislador infraconstitucional en relación con todo concejal, también los que adquieran la condición de no adscritos. En cambio, las facultades del concejal en

relación con el desempeño de cargos en el ejecutivo municipal, no forma parte de aquel núcleo de la función representativa y, por tanto, tampoco de este contenido indisponible. Con la consecuencia de que el legislador puede acordar constitucionalmente su prohibición en el caso del concejal no adscrito, como medida de lucha contra el fenómeno del transfuguismo.

Queremos poner de relieve que, según nuestro parecer, de la lectura de los datos positivos ofrecidos por nuestro ordenamiento jurídico no se deriva que las funciones propias de los concejales se limiten al ámbito de la relación con la asamblea municipal, sino que, de forma natural, se extienden también al ámbito de la relación con los órganos ejecutivos, esto es, del resto de órganos encargados de las tareas de gobierno y administración municipales:

- a) Del ordenamiento local se deriva, en su literalidad, la atribución genérica a los concejales, entendidos en su conjunto, del gobierno y la administración del municipio. Atribución que tienen rango constitucional: “la Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Estos gozarán de personalidad jurídica plena. Su gobierno y administración corresponde a sus respectivos ayuntamientos, integrados por los alcaldes y concejales” (artículo 140 de la Constitución). Como no puede ser de otro modo, ese reconocimiento se reitera en la legislación de régimen local. De entrada, en la estatal de carácter básico: “El gobierno y la administración municipal, salvo en aquellos municipios que legalmente funcionan en régimen de concejo abierto, corresponde al ayuntamiento, integrado por el alcalde y los concejales” (artículo 19.1 de la LBRL). Complementariamente, también en la legislación autonómica de desarrollo de las bases estatales, por ejemplo, en la catalana: “El gobierno y la administración municipales corresponden al ayuntamiento, integrado por el alcalde y los concejales” (artículo 47.1 del Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña). En el caso de Cataluña, además, tras la reforma de su norma de cabecera, el reconocimiento es ahora también de rango estatutario: “El gobierno y la administración municipales corresponden al ayuntamiento, formado por el alcalde o alcaldesa y los concejales” (artículo 86.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña).

Como puede observarse, el denominador normativo común se construye en dos pasos. El primero, la atribución del “gobierno y la administración” del municipio al ayuntamiento. Y segundo, el reconocimiento de que el ayuntamiento está integrado por el alcalde y los concejales. Lo que supone una atribución directa o inmediata de las funciones propias del gobierno y administración municipales a la estructura organizativa denominada “ayuntamiento” y, complementariamente, la atribución indirecta o mediata de dichas funciones a aquellas personas físicas (alcalde y concejales) que integran la mencionada estructura. Conviene destacar, además, que esa atribución se hace genéricamente y de forma indistinta: de la totalidad de esas funciones y al conjunto de esos sujetos. Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que, salvo en el régimen especial de concejo abierto, en el que no existe el ayuntamiento, en los demás casos el alcalde no es de elección directa por los vecinos, con la consecuencia de que necesariamente presupone también la condición de concejal.

- b) Más allá de su protagonismo en el órgano asambleario (pleno y comisiones), los concejales participan en los órganos municipales de naturaleza ejecutiva. La relevancia de esta participación se pone de relieve si tenemos en cuenta que los principales órganos ejecutivos del ayuntamiento únicamente pueden estar integrados por concejales. Así, de entrada, como ha quedado dicho, solamente puede ser elegido alcalde quien tenga la condición de concejal (artículo 196 de la LOREG). Y, todavía más, la junta de gobierno local está compuesta única y exclusivamente por el alcalde (que es también concejal) y concejales (artículos 23.1 y 126.2 de la LBRL y 54.1 del Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña). Con la única salvedad del régimen especial del Ayuntamiento de Madrid (artículo 16.2 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid), el alcalde no puede nombrar como miembro de la junta de gobierno local a personas que no tengan la condición de concejales.

La inconstitucionalidad de la presencia de externos, esto es, de no electos en el órgano colegiado de gobierno municipal fue declarada expresamente por la STC núm. 103/2013, de 25 de abril, no exenta de notables críticas por la doctrina científica. En efecto, en el marco del régimen especial de municipios de gran

población, fruto de la reforma operada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, el artículo 126.2 de la LBRL establecía que el alcalde “podrá nombrar como miembros de la junta de gobierno local a personas que no ostenten la condición de concejales, siempre que su número no supere un tercio de sus miembros, excluido el alcalde”. En lo que ahora interesa destacar, la STC núm. 103/2013 declara la inconstitucionalidad y, por tanto, la nulidad de este inciso, con fundamento en la siguiente argumentación: “Pues bien, si como hasta ahora hemos señalado, el principio representativo constituye el fundamento de la autonomía local y por tanto es predicable de todas las entidades locales constitucionalmente garantizadas, este principio ha sido consagrado para los municipios con una intensidad especial, mediante una regulación bastante más minuciosa, que contrasta con la menor densidad normativa con que la norma fundamental lo ha recogido para islas y provincias. En efecto, si el carácter representativo de los órganos de dirección política de las islas deriva directamente de la garantía institucional de la autonomía local consagrada en el artículo 137 de la Constitución, el artículo 141.2 de la Constitución prevé, ya expresamente, para las provincias, que su gobierno y administración autónoma estarán encomendados a Diputaciones u otras corporaciones de carácter representativo. Pero, para los municipios, el artículo 140 de la Constitución, va aún más allá, al atribuir el gobierno y administración a los Ayuntamientos, integrados por alcaldes y concejales, imponiendo la elección democrática de sus integrantes. Por ello debemos señalar, en primer lugar, que el mencionado precepto constitucional atribuye al alcalde y concejales tanto el gobierno como la administración municipal, esto es, y sin perjuicio de la dificultad que puede conllevar a menudo la delimitación de ambas funciones, tanto la alta dirección de la política municipal en lo que supone de adopción de decisiones con criterios esencialmente políticos, como también la suprema dirección de la Administración municipal a la que se refiere, junto al resto de Administraciones públicas, el artículo 103 de la Constitución. En segundo lugar, el artículo 140 de la Constitución no atribuye las funciones de gobierno y administración municipal a una corporación representativa como hace el artículo 141.2 de la Constitución para las provincias, sino a un ayuntamiento compuesto únicamente por alcalde y concejales. Éstos podrán ejercitarlas, bien individualmente, bien mediante su integración en órganos colegiados, decisión ésta que corresponde adoptar al

legislador básico, en desarrollo directo del artículo 140 de la Constitución, al diseñar los órganos de gobierno municipales. Pero, además, el citado precepto exige que concejales y alcaldes sean elegidos democráticamente, como manifestación del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, consagrado en el artículo 23 de la Constitución, en su doble vertiente de derecho a participar directamente o por representantes libremente elegidos y derecho de acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos. Los concejales son elegidos por sufragio universal, igual, libre directo y secreto en la forma establecida por la ley. El alcalde, por los concejales o por los vecinos. En definitiva, el artículo 140 de la Constitución otorga una especial legitimación democrática al gobierno municipal, tanto en su función de dirección política, como de administración, que contrasta, sin duda, con el diseño que la propia Constitución establece para el Gobierno del Estado (artículos 97 y 98 de la Constitución). Un plus de legitimidad democrática, frente a la profesionalización, que, en todo caso, debe ser respetada por el legislador básico al configurar ese modelo común de autonomía municipal” (fundamento jurídico sexto).

De los razonamientos del Tribunal Constitucional, contenidos en el fundamento transcrito de la STC núm. 103/2013, nos interesa destacar ahora los siguientes. De entrada, que el artículo 140 de la Constitución “otorga una especial legitimación democrática al gobierno municipal”: el principio democrático ha sido consagrado por el texto constitucional con una “intensidad especial” para los municipios, en comparación con el resto de entidades locales de existencia constitucionalmente necesaria. Ese “plus de legitimidad democrática” se proyecta sobre todas las facetas del gobierno municipal: “tanto en su función de dirección política, como de administración”. Ello se traduce en que el artículo 140 de la Constitución atribuye al alcalde y concejales “tanto el gobierno como la administración municipal, esto es, y sin perjuicio de la dificultad que puede conllevar a menudo la delimitación de ambas funciones, tanto la alta dirección de la política municipal en lo que supone de adopción de decisiones con criterios esencialmente políticos, como también la suprema dirección de la Administración municipal a la que se refiere, junto al resto de Administraciones públicas, el artículo 103 de la Constitución”. En resumen, por decisión del legislador constituyente, con el afán de intensificar la legitimidad democrática en los municipios, el gobierno

municipal se atribuye a cargos electos, representantes de los vecinos. Lo que contrasta “frente a la profesionalización” propia de otros niveles territoriales superiores de gobierno, como el autonómico o el estatal. Decisión del legislador constituyente “que, en todo caso, debe ser respetada por el legislador básico al configurar ese modelo común de autonomía municipal”. Para concluir, conviene destacar la naturalidad, es más, la inevitabilidad en términos constitucionales, con la que el Tribunal Constitucional vincula, en el caso de los municipios, la condición de concejal y el ejercicio de las funciones propias de gobierno y de administración municipales: “la alta dirección de la política municipal” y “la suprema dirección de la administración municipal”. Vinculación que no se circunscribe únicamente al ejercicio de las competencias propias de la asamblea municipal (en pleno y en comisiones), sino que se extiende también a las competencias atribuidas a los órganos municipales de naturaleza ejecutiva. Recuérdese que la controversia objeto de esta sentencia era, precisamente, la posible presencia de no concejales como miembros de la junta de gobierno local.

- c) La naturalidad con la que el ordenamiento local prevé la intervención de los concejales en el ejercicio de funciones ejecutivas se manifiesta no solamente en la previsión de que pueden ser nombrados para el desempeño de cargos en el gobierno municipal, sino, además, en el reconocimiento legal de que pueden ser destinatarios de la delegación de competencias que en ellos haga el alcalde.

- d) Todos los argumentos anteriores confluyen en el último, más genérico, relativo al modelo de gobierno municipal. Es cierto que progresivamente se ha ido produciendo su parlamentarización, especialmente en el caso de los municipios de gran población. Pero también lo es que, a día de hoy, no se da una total equiparación con los niveles estatal y autonómico. Sigue latiendo con fuerza, en efecto, más allá de la creciente división de poderes en el municipio, la idea inicial de que lo pretendido es atribuir a los concejales, en tanto que representantes de los vecinos, la totalidad del gobierno -en sentido amplio- de los asuntos de interés local. De ahí que estos representantes ejerzan sus funciones no únicamente en relación con la asamblea, sino también respecto a los cargos ejecutivos del municipio.

2. SON COSAS DISTINTAS QUE LA PROHIBICIÓN DE OCUPAR CARGOS EJECUTIVOS MUNICIPALES SEA CONSTITUCIONAL Y QUE ESA PROHIBICIÓN ESTÉ INCLUIDA EN LA REDACCIÓN ACTUAL DEL ARTÍCULO 73.3.3º DE LA LBRL

La STS núm. 1401/2020 sostiene que no forma parte del contenido indisponible del derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución, en el caso del concejal no adscrito, la prohibición de ocupar cargos concedidos por decisión discrecional del alcalde, cargos por delegación del alcalde y de cualquier otro cargo político de carácter discrecional. Busca su apoyo en la jurisprudencia constitucional, según la cual la posibilidad de desempeño de estos cargos de naturaleza ejecutiva no forma parte del núcleo de la función representativa del concejal. No hay en esa prohibición, por tanto, vulneración del artículo 23.2 de la Constitución. En definitiva, la existencia de esa prohibición no es inconstitucional.

Nótese que, hasta aquí, lo único que se ha afirmado es que la prohibición de que el concejal no adscrito ocupe cargos ejecutivos municipales no vulnera el artículo 23.2 de la Constitución. Es decir, no forma parte del contenido esencial del derecho y, por lo tanto, resulta disponible para el legislador infraconstitucional. Lo que falta por ver, a partir de este momento del razonamiento, es si efectivamente dicho legislador ha tomado la decisión de incorporar la prohibición al ordenamiento jurídico.

Se constata que la Constitución, la LOREG, el Estatuto de Autonomía de Cataluña y el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña no se han pronunciado sobre este aspecto. En rigor, tampoco lo ha hecho expresamente la LBRL. Precisamente por ello, se ha planteado la cuestión en torno al alcance que debe darse a la interpretación del límite establecido en el artículo 73.3.3º de esa LBRL.

Como ha reconocido reiteradamente el Tribunal Constitucional, el artículo 73.3 de la LBRL contiene un régimen jurídico que es incompleto del concejal no adscrito. Pero de su lectura se deduce claramente la voluntad de establecer limitaciones. La principal es que ese tipo de concejal no puede adscribirse a ningún grupo político (de ahí su denominación): no puede integrarse en ninguno de los existente ni puede crear uno nuevo. Complementariamente, se establece una segunda limitación: sus derechos económicos y

políticos no podrán ser superiores a los que le hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia (se quiere evitar la denominada “plusvalía del disidente”). Debe subrayarse que, según la dicción literal de este precepto, el límite consiste en que los derechos del concejal no adscrito “no podrán ser superiores”. No se dice, pues, que deban ser “inferiores”: cabe la posibilidad de que sean inferiores, en efecto, pero también iguales.

Explicado el contexto de esta manera, se entiende mejor el “salto” argumentativo que realiza la STS núm. 1401/2020: después de afirmar que la prohibición de ocupar cargos ejecutivos no es contraria al artículo 23.2 de la Constitución y que, por tanto, es constitucional, añade seguidamente que esa prohibición está contenida en el límite establecido en el artículo 73.3.3º de la LBRL, según la interpretación que de él ofrece. Esta interpretación se efectúa en términos inequívocos, a pesar de que está huérfana de un análisis específico. En realidad, a lo largo de la sentencia se encuentra un único argumento para sostenerla: la conexión del artículo 73.3.3º de la LBRL con los acuerdos políticos contra el transfuguismo y, en concreto, con la II Adenda, de 23 de mayo de 2006, que incluye el compromiso de las fuerzas políticas firmantes de “no aceptar en sus equipos de gobierno municipal a miembros de la Corporación que se hayan convertido en tráfugas con respecto a sus grupos de procedencia y rechazan la posibilidad de que por parte del alcalde se efectúe cualquier nombramiento político que implique atribuciones de gobierno o delegación genérica o especial de las mismas, con los consiguientes derechos políticos y económicos, en favor de los tráfugas”. Es una interpretación finalista, en los términos expuestos.

Esta forma de razonar de la sentencia, a nuestro juicio, debe ser objeto de crítica. Es importante, en este punto, reconocer la eficacia interpretativa que tienen los acuerdos políticos contra el transfuguismo. Pero también sus límites. En concreto, que la fuerza interpretativa de los pactos solamente puede emplearse en la medida en que sus contenidos puedan identificarse con contenidos de la norma a interpretar. En el caso que nos ocupa, la referencia a ese compromiso de las fuerzas políticas solamente puede servir como herramienta interpretativa si llegamos a la conclusión de que la voluntad del legislador -del artículo 73.3.3º de la LBRL- era, precisamente, la de incorporar en la norma dicha prohibición. A esta condición hay que añadir la exigencia de que esa interpretación pueda incluirse -sin forzarla- en la dicción del precepto a interpretar y,

además, no contradiga lo establecido en otras normas, especialmente las que integran el marco constitucional. Hay argumentos convincentes para defender que estos condicionantes están ausentes en el caso que se analiza:

- a) El compromiso asumido por las fuerza políticas, de no conceder atribuciones de gobierno o delegaciones a los tráfugas, se recoge en la II Adenda, que es de 23 de mayo de 2006, por tanto, muy posterior a la introducción del límite del artículo 73.3.3º de la LBRL (a través de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre). Es evidente, por tanto, que ese acuerdo político no puede considerarse antecedente del límite legal en examen. De hecho, la mención a la posibilidad de ocupar cargos ejecutivos está por completo ausente de los trabajos parlamentarios de la reforma, de manera que no es posible identificar por esta vía una tal voluntad del legislador.

Hay que añadir, en este mismo sentido, que la propia II Adenda carecería de sentido si la LBRL ya incluyera su contenido. La contemplación de este aspecto en la II Adenda contribuye poderosamente a la interpretación según la cual la reforma de 2003, traducida en el límite del artículo 73.3.3º de la LBRL, no se refiere a los cargos ejecutivos.

- b) La dicción literal del artículo 73.3 de la LBRL no facilita, antes al contrario, parece oponerse a considerar que los nombramientos para cargos ejecutivos estén incluidos dentro de su ámbito:

- b.1) El artículo 73.3 de la LBRL se refiere a los miembros del pleno municipal, establece una comparación con otros miembros de ese pleno y no menciona en ningún momento otros ámbitos orgánicos.

- b.2) El artículo 73.3. de la LBRL está dedicado a los grupos municipales, por lo que su contenido debe entenderse referido a ellos. En especial, regula las dotaciones económicas de los grupos, por lo que la inclusión de las previsiones sobre tráfugas en este precepto obligaría a interpretarlas en referencia a esa materia.

b.3) Ni la LBRL ni ninguna de sus normas de desarrollo (estatales y autonómicas) incluyen previsión alguna al respecto en el momento de regular los requisitos para el nombramiento de cargos ejecutivos.

b.4) En el nivel autonómico, existen regulaciones análogas referidas a los diputados no adscritos en los parlamentos autonómicos. Pues bien, se constata que esas regulaciones nunca han extendido su aplicación al nombramiento en cargos del ejecutivo. Ello demuestra que el artículo 73.3 de la LBRL tiene un contenido propio, limitado a cargos y subvenciones en relación con el pleno y los grupos políticos. No es cierto, por tanto, el argumento esgrimido por la parte recurrente ante el Tribunal Supremo, según el cual ese precepto legal quedaría vacío de contenido si no se incluyera en él la prohibición de ocupar cargos ejecutivos municipales.

b.5) La referencia a la discrecionalidad, que se erige en elemento nuclear del ámbito de prohibición definido por el Tribunal Supremo, es ajena a la norma. De hecho, el artículo 73.3 de la LBRL precisamente regula decisiones que son regladas y no discrecionales (subvenciones a grupos políticos). La discrecionalidad debe asumir ese protagonismo porque el Tribunal Supremo extiende el ámbito de la norma más allá de su dicción.

c) La limitación de un derecho fundamental, como lo es, con carácter general, la posibilidad de ser nombrado para un cargo público, exige una previsión legal expresa. En el caso que nos ocupa, el texto de la LBRL, en concreto, el artículo 73.3.3º, no da cobertura clara para su extensión fuera del ámbito del cargo representativo. Debe advertirse, además, que la limitación de un derecho mediante una interpretación legal extensiva suscita graves problemas, motivando que el propio Tribunal Constitucional recuerde la necesidad de una exégesis restrictiva de las limitaciones (así, STC núm. 159/2019, fundamento jurídico quinto, letra e)).

Los razonamientos hechos en los párrafos precedentes están en línea con la argumentación contenida en el voto particular concurrente a la STC núm. 9/2012 formulado por el magistrado Luís Ortega. Según su parecer, en efecto, no son claras las

razones que llevan al Tribunal Constitucional a sostener la interpretación según la cual del límite del artículo 73.3.3º de la LBRL se deriva la prohibición de integrar a un concejal no adscrito en el equipo de gobierno municipal. A través de una interpretación sistemática del apartado tercero, tomando en consideración el artículo 73.3 de la LBRL en su conjunto, se derivaría con naturalidad que la limitación de derechos del concejal no adscrito se refiere únicamente a aquellos que guarden relación directa con la pertenencia a un grupo político y no, en cambio, con los derechos de ejercicio individual que corresponden a todo concejal para el ejercicio de su función representativa.

3. LA RELACIÓN ENTRE CONCEJAL NO ADSCRITO Y TRANSFUGUISMO

La STS núm. 1401/2020 hace una interpretación finalista del límite del artículo 73.3.3º de la LBRL: averigua su sentido teniendo en cuenta su conexión con los acuerdos políticos contra el transfuguismo y, por tanto, dando por hecho que la finalidad buscada es la lucha contra este fenómeno. En la mente del Tribunal Supremo, pues, está la idea de que el concejal no adscrito lo es porque es tráfuga y, con ello, contribuye a desvirtuar el normal funcionamiento de las instancias representativas municipales. Por esta razón, condiciona expresamente su interpretación del artículo 73.3.3º de la LBRL a que se trate de un supuesto de transfuguismo: “Por el contrario, el pase a la condición de concejal no adscrito, *como consecuencia o por razón de un supuesto de transfuguismo*, sí impide que se asuman cargos o que perciban retribuciones que antes no ejercía o percibía e impliquen mejoras personales, políticas o económicas” (la cursiva es nuestra).

De lo dicho en el párrafo anterior cabe extraer una conclusión relevante: la doctrina de la STS núm. 1401/2020 presupone la concurrencia de un supuesto de transfuguismo político. En otras palabras, la interpretación que hace del límite del artículo 73.3.3º de la LBRL, en el sentido de que incluye la prohibición para ocupar cargos discrecionales y delegaciones del alcalde, se condiciona a que el concejal no adscrito lo sea por el hecho de ser un tráfuga. Esta advertencia es importante en la medida en que pueda llegar a defenderse la no existencia de una identidad perfecta entre las nociones de concejal no adscrito y de concejal tráfuga, esto es, que puedan darse casos en los que el pase a la condición de no adscrito no se deba a un supuesto de transfuguismo político. Cuestión quizá no cerrada, habida cuenta de las diferentes definiciones, cada vez más extensivas,

que del transfuguismo se han ido recogiendo en los acuerdos políticos y también, aunque con alcances diversos, en las leyes autonómicas sobre régimen local.

En relación con el supuesto concreto examinado en la STS núm. 1401/2020, el Tribunal Supremo no ofrece una definición genérica sobre transfuguismo, apoyándose en la contenida en los acuerdos políticos y en la Ley valencia 8/2010, de 23 de junio, de régimen local. No obstante, a tenor de los hechos declarados probados en las instancias inferiores, afirma que “es cuestión pacífica que el cambio del sentido del voto” de la concejala no adscrita “respondió a un caso de transfuguismo”. Y añade: “En la sesión constitutiva” dicha concejala no adscrita “votó a (...) como alcalde y la Sala de instancia declara probado que con su voto incumplió la promesa electoral con el que concurrió a las elecciones”. Y concluye, en relación con los nombramientos en cargos ejecutivos que recibió, que “está probado que fue la compensación por su voto determinante en la elección del alcalde”.

4. POSIBLES VÍAS PARA FACILITAR UN CAMBIO DE LA DOCTRINA ESTABLECIDA POR LA STS NÚM. 1401/2020

Las consideraciones hechas hasta este momento no deben inducir a confusión. Lo cierto es, como ya se ha señalado, que la STS núm. 1401/2020 es clara y rotunda en su conclusión: el límite del artículo 73.3.3º de la LBRL debe ser interpretado en el sentido de que incluye la prohibición de que el concejal no adscrito pueda ocupar cargos concedidos por decisión discrecional del alcalde, cargos por delegación del alcalde o cualquier otro cargo político de carácter discrecional. Quien no esté de acuerdo con esta doctrina, más allá de criticarla, puede intentar su modificación. Al menos, por las siguientes vías:

- a) Modificación normativa que excluya expresamente la interpretación hecha por la STS núm. 1401/2020. Idealmente, debería tratarse de una reforma de la LBRL, así, por ejemplo, del propio artículo 73.3 de la LBRL. Otras modificaciones normativas, de la legislación autonómica de régimen local o, incluso, de reglamentos orgánicos municipales, podrían propiciar, en caso de impugnación,

que el asunto volviera nuevamente al Tribunal Supremo para que tuviera ocasión, en su caso, de matizar, modificar o revocar su propia interpretación.

- b) Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, interpuesto por el concejal afectado en futuros casos de aplicación del límite del artículo 73.3.3º de la LBRL con la interpretación fijada en la STS núm. 1401/2020.
- c) Actuación contraria de las autoridades locales a la doctrina establecida en la STS núm. 1401/2020, en supuestos análogos al enjuiciado, prestando una muy especial atención a la motivación de las decisiones, con la intención de permitir, en su caso, una revisión de la propia doctrina del Tribunal Supremo.