
¿Pueden los concejales no adscritos ejercer competencias delegadas en régimen de dedicación parcial o exclusiva?

Diego Ballina Díaz

Secretario de Administración Local.

Jefe de Sección de Gestión Administrativa del Ayuntamiento de Gijón (Asturias)

1. Introducción

2. Constitucionalidad del artículo 73.3 de la Ley 7/85 de Bases del Régimen Local

3. Interpretación legal del artículo 73.3 de la Ley 7/85 de Bases del Régimen Local

1. Introducción

La pregunta en cuestión suele plantearse cuando el nuevo alcalde, que ha obtenido el bastón de mando en una moción de censura, se propone distribuir sus competencias entre los concejales que le han otorgado su apoyo en la votación de la moción, y entre ellos se encuentra algún concejal no adscrito, bien sea porque ha abandonado su grupo o porque le han expulsado.

Ahí empiezan a plantearse dudas, puesto que el artículo 73.3 de la Ley 7/85 Reguladora de las Bases del Régimen Local afirma: “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”.

En las próximas líneas vamos a intentar responder a la pregunta formulada, aunque ya anticipamos que la respuesta no puede ser concluyente, y vamos a hacerlo desde un doble juicio al artículo 73.3 de la Ley 7/85, el primero de legalidad constitucional, el segundo analizando la correcta interpretación legal de este precepto.

2. Constitucionalidad del artículo 73.3 de la Ley 7/85 de Bases del Régimen Local

Sobre la constitucionalidad del artículo 73.3 se ha pronunciado recientemente el Tribunal Constitucional, con motivo de sendas cuestiones de inconstitucionalidad formuladas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Alicante, y que han dado lugar a las sentencias 9 y 30/2012.

Las cuestiones de inconstitucionalidad se plantearon en el procedimiento judicial de impugnación de

dos acuerdos municipales de los ayuntamientos de Benidorm y Denia, por los que se otorgaban delegaciones y dedicaciones a concejales no adscritos.

La duda que se planteó al Tribunal Constitucional, era si el artículo 73.3 LRRL era conforme al derecho fundamental de participación en los asuntos públicos recogido en el artículo 23 de la Constitución, puesto que el juzgador temía que la afirmación, contenida en la Ley 7/85, de que 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, pudiera implicar una vulneración del derecho fundamental al ejercicio de los cargos públicos en condiciones de igualdad.

En concreto, interpretaba que el derecho fundamental del artículo 23 podría resultar vulnerado, en la medida en que la redacción del artículo 73.3 LRRL impide al representante no adscrito ser elegido por el alcalde de la corporación como miembro de la Comisión de Gobierno (actualmente Junta de Gobierno Local) y teniente de alcalde, cuando no ostentase esa condición antes de abandonar el grupo municipal, a diferencia del resto de concejales de la corporación, que sí pueden desempeñar dichos cargos.

Para el órgano judicial el trato diferente recibido incide en el núcleo esencial de sus funciones representativas, amparadas por el artículo 23 de la Constitución española.

El Tribunal Constitucional, antes de entrar en el fondo del asunto, deja claro cuál es su cometido, advirtiendo de que “no nos corresponde dilucidar si, como el órgano judicial interpreta, el párrafo tercero del artículo 73.3 de la Ley 7/85 impide que, en concreto, un concejal no adscrito sea nombrado para determinados cargos en el equipo de gobierno municipal, si no los hubiera venido ostentando con anterioridad a su trán-

sito a la referida condición de no adscrito, sino que al resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada debemos exclusivamente pronunciarnos acerca de si el precepto, tal y como es entendido por el órgano judicial, afecta al núcleo del derecho al ejercicio de cargos públicos protegido por el art. 23.2 CE".

No entra, por tanto, a valorar si la interpretación que realiza el Juzgado que plantea la cuestión de inconstitucionalidad en el sentido de que los no adscritos no pueden ostentar delegaciones, ni integrar la Junta de Gobierno Local o ser tenientes de alcalde, ni percibir dedicaciones parciales o exclusivas si no las hubieran detentado con anterioridad a su paso a la condición de no adscritos, es ajustada o no a la legalidad ordinaria.

Vamos a exponer ahora, de forma sintética, los argumentos del Tribunal Constitucional en relación con el juicio de constitucionalidad de la restricción de derechos a los miembros no adscritos de las corporaciones locales:

El Tribunal parte de afirmar que existe una directa conexión entre el derecho de participación política de los cargos públicos representativos y el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos contenidos en el artículo 23 CE, puesto que puede decirse que son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad al derecho ciudadano a participar en los asuntos públicos.

Así el derecho del artículo 23.2 CE, e indirectamente el que reconoce el artículo 23.1 CE a los ciudadanos, quedaría vacío de contenido, o sería ineficaz, si el representante político se viese privado del mismo o perturbado en su ejercicio.

El derecho de participación política, en sus distintas manifestaciones, es un derecho que se otorga a los ciudadanos en cuanto tales, y, por consiguiente, a las personas individuales. No es un derecho que pueda reconocerse genéricamente a las personas jurídicas o entes, como los sindicatos o los mismos partidos políticos.

El artículo 23.2 CE consagra la dimensión pasiva del derecho de participación política, enunciando el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

A este contenido explícito del precepto, la jurisprudencia constitucional le ha dotado de un contenido implícito cual es, en primer lugar, el derecho a permanecer en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes en los cargos o funciones públicas a los que se accedió, no pudiendo ser removido de

los mismos si no es por causas y de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos.

Pero no puede perderse de vista que el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 es un derecho de configuración legal, en el sentido de que corresponde primeramente a las leyes fijar y ordenar los derechos y atribuciones que corresponden a los representantes políticos, de manera que "una vez creados, quedan integrados en el *status* propio del cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23.2 CE, reclamar su protección cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en que se integren".

Resulta indudable que el artículo 73.3 limita los derechos del concejal, en tanto al ser calificado legalmente como no adscrito, deja de ser miembro de un grupo político de los que integran la corporación.

Ahora bien, la sentencia del Tribunal Constitucional 169/2009, de 9 de julio, señala que el distinto trato que el artículo 73.3 LRBRL otorga a los miembros de las corporaciones locales, en función de su adscripción o no a un grupo político, "está justificado en la diferente situación en la que se encuentran, al no haberse incorporado al grupo político constituido por la formación electoral por la que fueron elegidos: puede someterse a un régimen jurídico parcialmente diferente a los representantes que no se integran en el grupo político constituido por la formación en la que concurrieron a las elecciones respecto de aquellos que sí lo hacen, todo ello sin perjuicio de respetar las facultades de representación que son propias del cargo electo, pues, como se ha indicado, el diferente trato que se otorga en este caso a los diputados no adscritos no conlleva una limitación de las facultades que constituyen el núcleo de sus funciones representativas", y por tanto hay que entender que las restricciones o limitaciones impuestas a los concejales no adscritos responden a un fin legítimo.

En este sentido el Tribunal Constitucional ha puesto en valor la relevancia jurídica de la adscripción política de los representantes, entre otras, en la sentencia 32/1985, afirmando que "es claro, en efecto, que la inclusión del pluralismo político como un valor jurídico fundamental y la consagración constitucional de los partidos políticos como expresión de tal pluralismo, cauces para la formación y manifestación de la voluntad popular e instrumentos fundamentales para la participación política de los ciudadanos (art. 6), dotan de relevancia jurídica (y no solo política) a la adscripción

política de los representantes y que, en consecuencia, esa adscripción no puede ser ignorada, ni por las normas infraconstitucionales que regulen la estructura interna del órgano en el que tales representantes se integran, ni por el órgano mismo, en las decisiones que adopte en ejercicio de la facultad de organización que es consecuencia de su autonomía”.

Por todo ello, concluye el Tribunal que no cualquier acto que afecte al *status* jurídico aplicable al representante político lesiona el derecho fundamental del artículo 23, “pues solo poseen relevancia constitucional a estos efectos los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa”, que es lo que ha venido en llamarse el *ius in officium*.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 169/2009, de 9 de julio, establece el siguiente criterio: entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación provincial, se encuentran la de participar en la actividad de control del gobierno provincial, la de participar en las deliberaciones del pleno de la corporación, la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores.

A la luz de esta doctrina, el Tribunal Constitucional rechaza la inconstitucionalidad del tercer párrafo del artículo 73.3 de la Ley 7/85, en tanto resulta claro que la garantía que proporciona el artículo 23.2 de la Constitución no se ve vulnerada, ya que la pertenencia a la Junta o Comisión de Gobierno y designación como teniente de alcalde no están incluidas en el núcleo básico del mandato representativo, y constituyen aspectos de la organización y estructura consistorial dentro de las potestades, no ilimitadas, del alcalde.

En efecto, tales nombramientos dependen de la voluntad de un tercero, el alcalde de la corporación, voluntad que ha de ser ejercida en los términos y condiciones determinados al respecto por la Ley de Bases del Régimen Local (artículos 23.1 y 125.1).

3. Interpretación legal del artículo 73.3 de la Ley 7/85 de Bases del Régimen Local

De la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional, se concluye que privar a los no adscritos de poder ostentar delegaciones o de formar parte de la Junta de Gobierno es constitucional.

El planteamiento del Juzgado que formula la cuestión de inconstitucionalidad, su interpretación de la previsión contenida en el artículo 73.3 de la Ley 7/85 de Bases del Régimen Local, es que el citado artículo prohíbe a los no adscritos ostentar delegaciones, integrar la Junta de Gobierno Local o ser tenientes de alcalde y cobrar por ello, y por eso entiende que el precepto podría ser inconstitucional.

El Tribunal Constitucional concluye que dicha prohibición no sería contraria al texto constitucional, pero no dice que esa sea la interpretación que haya que darle al artículo 73.3, cuidándose mucho de pronunciarse sobre el asunto.

Y es precisamente sobre el alcance de este artículo donde se han manifestado discrepancias, encontrándonos con sentencias como la de 5 de mayo de 2010 (recurso 362/2009) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que, analizando la impugnación del acuerdo de la alcaldía de delegación de competencias en un no adscrito, afirmó: “es preciso efectuar un mayor esfuerzo de indagación in situ acerca de los singulares presupuestos fácticos que recoge la controversia, con el objeto de establecer si, efectivamente –y en la realidad de las cosas–, esa delegación tuvo que ver con un ejercicio de potestades administrativas que, de la misma forma que supuso una específica asignación de funciones (y de derechos administrativos) a favor de la concejal no adscrita, igualmente se habría producido en el caso de que esta hubiera continuado situándose bajo la férula de una formación política”.

El Tribunal continúa afirmando: “Y es que el entendimiento jurídico del precepto legal que hemos referido en el encabezamiento de este apartado expositivo exige comprobar que el veraz, real, no incremento de retribuciones frente a los que habría percibido de continuar en el grupo de procedencia es coherente y racional con los hechos que ofrece el proceso. Es decir, que tal incremento de retribuciones tiene que ver con la concreta asunción de funciones por parte de la concejal no adscrita, demostrando que la asunción habría existido, de igual manera y en la misma medida, si la misma hubiese seguido formando parte del grupo político PSPV-PSOE en el mes de diciembre de 2007, cuando se celebró el Pleno que aprobó la propuesta de la Alcaldía de 13 de diciembre: ‘[...] por el cual a la concejal no adscrita D.^a Custodia se nombra para desempeñar su cargo con dedicación parcial fijando una retribución y el horario de dedicación mínima necesaria para percibir dicha retribución fijando de lunes a vier-

nes un horario de no menos de seis horas diarias'. Para la Sala, la voluntad del legislador estatal pasa por asegurar que quien logra una asunción de funciones políticas y de derechos económicos en la corporación municipal las ha obtenido en tanto en cuanto que ese logro se habría generado, en la misma medida, si continuase en la formación política de la que participaba con anterioridad a la fecha en que se produce la adscripción de funciones y derechos. [...] Falta, también aquí, que esa parte procesal exhiba los mimbres fácticos que, en la realidad de las cosas, demuestren el cómo y el porqué si la Sra. Custodia hubiese permanecido en el grupo político con el que concurrió a las elecciones, el Sr. alcalde le habría propuesto una serie de funciones a los que corresponde el logro de una retribución en dinero".

Se exige así por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en esta sentencia, un plus de fundamentación en el acuerdo municipal de delegación de competencias y de dedicación del concejal no adscrito, que justifique que se hubiese otorgado la delegación si se hubiese continuado en el grupo de origen.

Esto nos parece de muy difícil cumplimiento, y vendría a ser tanto como la prohibición del desempeño de esas funciones por los no adscritos, que es precisamente el criterio que sigue el Juzgado que planteó cuestión de inconstitucionalidad a instancias de la interpretación de la norma recogida en la demanda formulada por la Abogacía del Estado contra los acuerdos municipales.

Dicha interpretación se centra en considerar que el párrafo tercero del artículo 73.3 impediría que el concejal no adscrito fuese nombrado para determinados cargos en el equipo de gobierno municipal que no hubiera venido ostentando con anterioridad a su tránsito a la referida condición de no adscrito, y como decimos parece recogida, con matices, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 5 de mayo de 2010.

A nuestro juicio esa interpretación no es correcta, coincidiendo plenamente con el conciso y acertado voto particular del magistrado del Tribunal Constitucional D. Luis Ignacio Ortega Álvarez, contenido en la precitada sentencia 9/2012 de 18 de enero que a continuación exponemos.

En su interpretación, el magistrado parte de que el artículo 73.3 de la Ley de Bases del Régimen Local introduce en nuestra legislación la figura del concejal no adscrito, estableciendo la previsión de que, junto a los grupos políticos, puedan existir en una corporación lo-

cal miembros no adscritos a ninguno de esos grupos.

De este modo, respecto a estos concejales no adscritos, es posible predicar la inexistencia del derecho-deber de integrarse en un grupo político, que, en principio, pesa sobre los restantes miembros de la corporación local.

Directamente relacionada con tal imposibilidad de formar un nuevo grupo o integrarse en alguno de los existentes, la norma establece además la limitación que ahora se cuestiona, la cual impide que los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos puedan ser superiores a los que ostentaban en su calidad de miembros del grupo en el que deberían haberse integrado, o bien del grupo de procedencia que han abandonado.

Sobre esta base afirma que nada de esto sucede en el supuesto de hecho que motiva la sentencia constitucional, en el que lo cuestionado han sido las resoluciones de la Alcaldía por las que se ha nombrado a un concejal no adscrito como miembro de la Junta de Gobierno Local, cuarto teniente de alcalde y concejal delegado de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, nombramientos todos ellos que no tienen por qué vincularse a la pertenencia a un determinado grupo municipal, ni mucho menos, como se razona en la sentencia, se integran en el *ius in officium* propio del concejal.

Por ello resulta posible concluir que el diferente marco regulador establecido para los concejales no adscritos respecto a aquellos integrados en los grupos, consiste fundamentalmente en la imposibilidad de constituir un nuevo grupo municipal o integrarse en alguno de los existentes, con la consiguiente pérdida de facultades o beneficios que ello conlleva, y encuentra su justificación precisamente en que esos concejales no se integran o han abandonado el grupo político constituido por la formación electoral en cuyas filas concurrieron a las elecciones y por la que fueron elegidos.

Así pues, el artículo 73.3 encuentra su pleno sentido en relación con la pérdida de facultades o beneficios que se derivan de la pertenencia a un grupo, sin que haga referencia a cuantas facultades tiene atribuidas el concejal al servicio de la función representativa que desempeña, esto es, conservando los derechos de ejercicio individual que, como a todo concejal miembro de la corporación, le corresponden en su condición de representante político.

Así es claro que el precepto modifica la posición del concejal, en cuanto que, al ser calificado legalmente como no adscrito, deja de ser miembro de un grupo

político de los que integran la corporación, con la consiguiente pérdida de facultades o beneficios vinculados a la previa pertenencia a un concreto grupo político, pero, al no afectar al núcleo de las funciones representativas del concejal, no priva al representante de las facultades inherentes a su cargo.

Limitación que, en cuanto relativa a la pertenencia al grupo político, lo que impide es que los concejales no adscritos puedan percibir o beneficiarse de los recursos económicos y materiales puestos a disposición de los grupos políticos de la corporación, y que, por otro lado, puedan ejercer o intervenir en las actividades que, conforme a la propia legislación de régimen local, se canalizan a través de dichos grupos.

Por el contrario, los nombramientos como miembros de la Junta de Gobierno Local o las delegaciones resultan completamente ajenos al ámbito al que se viene haciendo referencia, pues, en tanto que relacionados con la organización y estructura del Gobierno municipal, dependen de la voluntad de un tercero, el alcalde de la corporación, voluntad ejercida en los términos y condiciones determinados por la ley con el único límite de que los nombrados hayan de ser concejales del Ayuntamiento.

Resulta entonces que del estatuto jurídico de los miembros no adscritos no puede deducirse limitación alguna a este respecto, pues lo que se deriva de lo dispuesto en el párrafo cuestionado –que sus derechos económicos y políticos no sean superiores a los que hubieran correspondido de permanecer en el grupo de procedencia– no se refiere a los derechos que se ostentaban vinculados a la condición de concejal, sino solamente a aquellos que lo eran en atención a la cualidad de miembro de uno de los grupos municipales, sin afectar, por tanto, ni al derecho a ejercer las funciones de concejal en condiciones de igualdad, derecho que, por lo demás, no puede extenderse hasta alcanzar a la configuración del equipo de gobierno municipal, ni tampoco al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes democráticamente elegidos.

Esta posición coincide con la línea del Tribunal Superior de Justicia de Madrid expresada en la sentencia número 1573/2009, de 21 julio, que, en relación con el enjuiciamiento de un acuerdo municipal que otorgaba retribución económica a un concejal no adscrito que había sido nombrado teniente de alcalde, afirmaba:

“Lo cierto es que las retribuciones que se contemplan en el acuerdo plenario recurrido no se asignan a Doña Gregoria en su condición de concejala no adscri-

ta sino por ostentar el cargo de primera teniente de alcalde, como consecuencia de la decisión adoptada por el órgano competente de la corporación, al margen de la crítica política que pueda ocasionar dicha actuación.

“Al regular el estatuto de los miembros de las corporaciones locales la Ley 7/85 distingue entre derechos individuales y derechos como consecuencia de su actuación corporativa que se desarrolla a través de los grupos políticos o municipales, los cuales entran dentro del concepto de órganos de funcionamiento del Ayuntamiento.

“La condición de concejales no adscritos implica que no podrán formar parte de ningún otro grupo político así como la pérdida de los derechos económicos vinculados a los grupos políticos municipales, reteniendo los derechos que individualmente le correspondan como miembro de la corporación pero no los derivados, con carácter exclusivo, de su pertenencia a un grupo político.

“Siendo, por tanto, plenamente ajustada a derecho la actuación administrativa recurrida que asigna retribuciones en base a los cargos que se ostentan”.

En sentido análogo se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en sentencia de 23 de mayo de 2011, en relación con la impugnación de un acuerdo del Ayuntamiento de Mondragón-Arrasate por el que se reconocía una indemnización para los presidentes de Comisión o concejales que integren la Junta de Gobierno Local que tuvieran la condición de no adscritos, y que fue impugnado por la Abogacía del Estado.

El Tribunal Superior de Justicia concluye que, en este caso, existe una plena acomodación entre la condición de no adscrito a un grupo del concejal y el carácter plenamente individualizado del supuesto que da lugar a la dotación económica, que se identifica, en palabras del Tribunal Constitucional, con “derechos de ejercicio individual que les correspondan en virtud de su condición de representantes políticos”, en tanto el destinatario de la indemnización no es un grupo, sino el concejal que actúa sin vinculación ni pertenencia a un grupo municipal.

Por tanto, concluye el Tribunal que un concejal no adscrito podrá ser indemnizado o compensado económicamente por su participación cualificada en ciertos órganos municipales, y la asistencia a sus sesiones.

De lo expuesto hasta ahora se concluye que se plantean dos posiciones en torno al artículo 73.3: por un lado, la que o bien prohíbe a los no adscritos el

ejercicio de competencias delegadas o su integración en la Junta de Gobierno o bien limita las posibilidades del alcalde, sometiendo sus acuerdos a un plus de legitimación, de muy difícil cumplimiento, frente a otros concejales; por otro, con la que coincidimos, que la Ley de Bases del Régimen Local, en cuanto a la limitación de derechos políticos y sociales de los no adscritos, se refiere fundamentalmente a la imposibilidad de consti-

tuir un nuevo grupo municipal o integrarse en alguno de los existentes, con la consiguiente pérdida de facultades o beneficios que ello conlleva, pero en ningún caso priva a los concejales no adscritos de la posibilidad de ostentar delegaciones o de formar parte de la Junta de Gobierno Local, o de percibir indemnizaciones o dedicaciones parciales o exclusivas por el desempeño de estas funciones. ■