

## **JURISPRUDENCIA**

---

**Comentarios monográficos**

**Notas de jurisprudencia  
contencioso-administrativa**

**Notas de jurisprudencia del Tribunal  
Europeo de Derechos Humanos**



# LOS MIEMBROS NO ADSCRITOS DE LAS ENTIDADES LOCALES ANTE LA FORMULACIÓN DE LA MOCIÓN DE CENSURA: UNA DISCUTIBLE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

MARÍA JOSÉ ALONSO MAS  
Universidad de Valencia  
maria.j.alonso@uv.es.

## *Cómo citar/Citation*

Alonso Mas, M. J. (2018).

Los miembros no adscritos de las entidades locales ante la formulación de la moción de censura: una discutible aplicación del principio de proporcionalidad.

*Revista de Administración Pública*, 206, 149-178.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.206.05>

## **Resumen**

La STC 151/2017 ha declarado inconstitucional la exigencia de que las propuestas de mociones de censura en el ámbito local fueran avaladas por la mayoría absoluta, incrementada con un número de concejales equivalente al de concejales no adscritos que hubieran propuesto la moción. Pero la argumentación utiliza el principio de proporcionalidad; lo que no tiene sentido porque la moción de censura entra en el núcleo de la función representativa, respecto del que el legislador puede precisar sus límites intrínsecos, pero no establecer limitaciones extrínsecas ajenas a criterios objetivos. Estas limitaciones nunca podrían justificarse en una pretendida proporcionalidad. Además, existen otras alternativas regulatorias.

## **Palabras clave**

Moción de censura; concejales no adscritos; proporcionalidad.

**Abstract**

STC 151/2017 has declared unconstitutional the requirement that proposals for censorship motions at the local level be endorsed by an absolute majority, increased by a number of councilors equivalent to those of non-attached councilors who proposed the motion. But the argument is based on proportionality; and it's not correct because the motion of censorship enters the nucleus of the representative function, with respect to which the legislator can specify its intrinsic limits but not establish extrinsic limitations outside objective criteria. These limitations could never be justified in a pretended proportionality. Besides, there are other regulatory alternatives.

**Keywords**

Censorship motions; non-attached councillors; proporcionalidad.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA. III. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL. IV. LA PROPORCIONALIDAD COMO BASE DE LA ESTIMACIÓN DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: UNA VISIÓN CRÍTICA: 1. La insuficiente justificación de la adecuación y necesidad de la medida. 2. La confusión entre los distintos elementos configuradores del juicio de proporcionalidad. 3. La cuestionable apelación al principio de proporcionalidad para justificar las restricciones al núcleo del *ius in officium*. V. ALGUNAS CUESTIONES PENDIENTES. VI. CONCLUSIONES.

---

## I. INTRODUCCIÓN

La STC 151/2017 ha declarado inconstitucional el inciso del art. 197 a) LOREG, introducido por LO 2/2011, conforme al cual, cuando alguno de los concejales que impulsan una moción de censura hubiera dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo municipal en que se integró al comenzar su mandato, se exigiría, para entender correctamente presentada la moción, que la propuesta fuera apoyada por la mayoría absoluta del número legal, incrementada con el número de concejales proponentes que estuvieran en dicha circunstancia<sup>1</sup>. Esta exigencia, además, debía mantenerse al tiempo de constituirse el Pleno en que debiera debatirse la moción<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> La exposición de motivos indica: «Probablemente con esta reforma no se podrá evitar que sigan existiendo “tránsfugas”, pero sí que con su actuación modifiquen la voluntad popular y cambien gobiernos municipales. Todos los partidos han sufrido la práctica de personas electas en sus candidaturas que abandonan su grupo y modifican las mayorías de gobierno. De ahí que fuera una necesidad imperiosa encontrar una fórmula para que, desde el respeto a la doctrina del Tribunal Constitucional, esto no volviera a producirse».

<sup>2</sup> Una vez remitido este trabajo para su publicación, ha aparecido el comentario de L. de la Torre Martínez (2018), «De nuevo sobre los concejales no adscritos (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 151/2017, de 21 de diciembre)», *Revista de Estudios de la Administración local y autonómica*, 9, págs. 110-127.

El Tribunal, en cambio, no se ha pronunciado sobre la otra limitación introducida por LO 2/2011: la exigencia de un incremento del número de concejales en apoyo de la iniciativa, equivalente al número de concejales impulsores de la misma que hubieran pertenecido o pertenezcan al grupo municipal del alcalde cuyo cese pretenden. Mediante ambas previsiones, se pretendía complementar la regulación de los concejales no adscritos y, en general, de quienes adoptan actitudes propias del transfuguismo: si el art. 73-3 de la Ley 7/1985 y la normativa autonómica de desarrollo pretenden *desincentivar el transfuguismo* limitando los derechos políticos y económicos de los no adscritos, la LO 2/2011 pretende *evitar la consecuencia más grave del transfuguismo*:

---

Véase también J. J. Gutiérrez Alonso (2014), «La moción de censura al Alcalde: especial atención a la posible suspensión del Pleno de votación», *Asamblea*, 30, págs. 171-193; J. I. Soto Valle (2011), «La moción de censura y la cuestión de confianza a la luz de la LO 2/2011, de 28 de enero», *CUNAL*, 139, págs. 16-37; O. M. Fernández Hernández (2016), «La moción de censura modificada por la LO 2/2011, de 28 de enero: aplicación práctica y posible inconstitucionalidad», *El Consultor*, 11, págs. 1289-1297; E. G. Pozo Bouzas (2012), «La moción de censura en el ámbito municipal tras la LO 2/2011: un ejemplo de cómo no se deben redactar las normas», *El Consultor*, 8, págs. 960-966; J. Martínez Deó, (2016), «A vueltas con la moción de censura: dos versiones «oficiales» del art.197.1 LOREG», *El Consultor*, 5, págs. 517-523; A. Sánchez Calvache y T. Lomo Casanueva (2017), «La moción de censura en las entidades locales», *El Consultor*, 18, págs. 2192-2215; M. F. Pulido Quecedo (2011), «Transfuguismo y reforma de la moción de censura local», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 820.

Sobre la moción de censura en el ámbito local, J. A. López Pellicer (1990), «La moción de censura al alcalde», *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, 247, págs. 433-448; M. Rebollo Puig (1985), «La moción de censura en la Administración local», *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, 227, págs. 459-486; P. Santolaya Machetti (1985), «Nota en torno a la posibilidad de cese de los alcaldes mediante la aprobación de una moción de censura», *Revista de Administración Pública*, 108, págs. 255-268; A. J. Trujillo Pérez (1999), *La moción de censura en las entidades locales*, Civitas; A. J. Trujillo Pérez (2000), «Moción de censura y cuestión de confianza en las corporaciones locales», *Justicia administrativa*, número extraordinario, págs. 71-94; L. Ortega Álvarez (1999), «La moción de censura y la cuestión de confianza en los Entes Locales», en VV.AA., *El desarrollo del gobierno local (una aproximación doctrinal)*, INAP, págs. 141-158; G. Márquez Cruz, (1999), «Veinte años de democracia local en España: elecciones, producción de gobierno, moción de censura y élite política», *Revista de Estudios Políticos*, 106, págs. 289-334; Z. de la Hera Justicia (2017), «Régimen local. La moción de censura en el ámbito local», *La administración práctica: Enciclopedia de administración municipal*, 5, págs. 71-82.

la desestabilización del gobierno municipal mediante mociones de censura que, sin el apoyo de los tránsfugas, no podrían prosperar<sup>3</sup>.

En síntesis, la STC 151/2017 declara la inconstitucionalidad de las limitaciones impuestas a los no adscritos, por entender que la no adscripción no siempre implica fraude a la representación; ni tiene siempre que ver con la problemática del concreto municipio.

La sentencia complementa los anteriores pronunciamientos del Tribunal sobre los concejales no adscritos<sup>4</sup>. Además, aplaza la declaración de nulidad hasta la constitución de las nuevas corporaciones resultantes de las siguientes elecciones locales. Pero, sobre todo, interesa su argumentación, diferente de la seguida en otras sentencias relativas a los no adscritos.

Se han formulado a la misma varios votos particulares: uno entiende que el fallo debería haber sido desestimatorio; otro, considera injustificado aplazar los efectos de la inconstitucionalidad<sup>5</sup>; para el tercero, que también se decan-

<sup>3</sup> Entre otros, E. Carmona Cuenca (2009), «La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de transfuguismo político», en P. Santolaya Machetti y J. M. Corona Ferrero (dirs.), *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Civitas, págs. 545-574; J. García Roca (2009), «Representación política y transfuguismo: la libertad de mandato», en el mismo volumen, págs. 39-84; M. T. Navas Sánchez y A. J. Trujillo Pérez (2003), «Normativa sobre el transfuguismo en los Reglamentos parlamentarios autonómicos», *Anuario de Derecho parlamentario*, 14, págs. 87-132; J. de Esteban (1990), «El fenómeno español del transfuguismo político y la jurisprudencia constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, 70, págs. 7-32.

<sup>4</sup> Sobre esta figura, L. de la Torre Martínez (2014a), *El estatuto jurídico de Los Concejales no adscritos*, Fundación Democracia y Gobierno Local, serie debates locales, 4; A. Reinoso Carriero (2007), «La moción de censura y la realidad del transfuguismo. Los miembros de las corporaciones locales «no adscritos»», *El Consultor*, 2, pág. 231; G. Arruego Rodríguez (2015), «Medidas contra el transfuguismo en el ámbito local: el caso de los representantes locales “no-adscritos”», *Anuario aragonés del gobierno local*, 6, págs. 273-294; J. Cuerda Mas (2010), «Régimen jurídico de los concejales no adscritos», *Revista CEMCI*, 9; D. Nogueira Martínez (2011), «El ámbito de aplicación del estatuto legal de los representantes locales no adscritos», *Anuario de Derecho Municipal*, 5, págs. 63-96; M. J. Alonso Mas (2005), «El discutible régimen jurídico de los concejales no adscritos», *Revista de Administración Pública*, 168, págs. 95-130, y la bibliografía allí citada. En relación a los parlamentarios autonómicos, J. I. Navarro Méndez (2000), «Patología del transfuguismo político: grandes males, pero ¿buenos remedios?», *Revista de las Cortes Generales*, 49, págs. 41-56, en sentido crítico.

<sup>5</sup> La sentencia fundamenta el aplazamiento en que, de otro modo, podría interferir en procedimientos en curso, y en que no existe régimen alternativo. Para los votos de Roca Trías y Ollero Tassara, no hay razones que justifiquen ese aplazamiento. Además, la norma se declara inconstitucional, pero el TSJ deberá aplicarla al proceso. Y existe

ta en este sentido, la inconstitucionalidad debería haberse fundamentado de manera diferente.

## II. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

La sentencia resuelve una cuestión de inconstitucionalidad formulada por el TSJ de Canarias. Los hechos eran los siguientes: tras las elecciones de 2011, el recurrente en la instancia fue elegido alcalde con el voto de los integrantes de su grupo —Grupo Coalición Canaria— y de los seis del grupo socialista. Al parecer, existía un acuerdo entre los partidos Coalición Canaria y PSOE relativo a la constitución de gobiernos de coalición en todo el territorio canario.

En 2013, cinco de los seis miembros del grupo socialista, junto con los seis del grupo popular, formularon moción de censura. El número legal de miembros de la corporación era 21; con lo que los once firmantes alcanzaban la mayoría absoluta.

Antes de constituirse el Pleno relativo a la moción, el PSOE comunicó al ayuntamiento la expulsión de los cinco concejales que la habían impulsado<sup>6</sup>; así que el grupo socialista quedaría integrado únicamente por el concejal que no había firmado la propuesta. Dicha expulsión se había motivado en el incumplimiento del pacto PSOE-Coalición Canaria, en la falta de autorización del partido para impulsar la moción de censura y en la desatención al requerimiento para su retirada efectuado por el partido. Sin embargo, la Mesa de edad consideró cumplidos los requisitos del art. 197 a) LOREG, por entender que las expulsiones no eran firmes y que las limitaciones al derecho de participación política deben interpretarse restrictivamente. Finalmente se aprobó la moción, con el voto favorable de los once promotores.

---

un régimen alternativo, el constituido por la norma general: la exigencia de mayoría absoluta, sin aditamentos, el régimen anterior la LO 2/2011. Y consideran excesivo que el aplazamiento de los efectos de la nulidad abarque hasta las próximas elecciones locales.

<sup>6</sup> Véase D. Ballina Díaz (2013), «La nueva regulación de la moción de censura en los tribunales. Comentario a la Sentencia 90015/2013 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 6 de febrero», *El Consultor*, 17, págs. 1639-1642; D. Ballina Díaz (2012), «La nueva regulación de la moción de censura en el ámbito local: Comentario a la sentencia 61/2012 del juzgado de lo contencioso-administrativo 6 de Oviedo de 28 de febrero», *El Consultor*, 17, págs. 1941-1943, donde se plantea si bastaba la expulsión provisional o si era precisa la firmeza. Véase asimismo Sánchez Calvache y Lomo Casanueva (2017: 2192-2194).

El juzgado estimó el recurso. Razonaba que, si bien al promoverse la moción se cumplían los requisitos, en el momento previo a la votación se incumplía el de la mayoría necesaria, porque, al haber sido expulsados del partido cinco proponentes, habría sido necesario que dieciséis concejales, no once, hubieran promovido la moción. Así, al tiempo de la celebración del Pleno no se mantenía el *quorum* de procedibilidad. Añadió que la expulsión había sido regular y era ejecutiva. En suma, la Mesa de edad habría infringido las reglas previstas legalmente contra el transfuguismo.

En apelación, se adujo que las expulsiones no eran ejecutivas, al haberse impugnado y solicitado la suspensión, y que la expulsión no les había sido notificada al tiempo de la celebración del Pleno; finalmente, que la exigencia de mayoría reforzada debía interpretarse exclusivamente por referencia al abandono voluntario del partido, no a la expulsión. Añadían que, en este caso, todos los miembros del grupo, excepto uno, habían apoyado la moción de censura.

La Sala razonó que el art. 197 a), párrafo tercero, al que remitía el art. 197 e) en cuanto al mantenimiento de los requisitos al comenzar el Pleno, no distinguía entre abandono voluntario y expulsión del partido, ni tampoco según quienes se encuentren en esa circunstancia sean o no mayoría de los integrantes iniciales del grupo. Tampoco se apreciarían irregularidades en la expulsión. En síntesis, resultaba exigible la mayoría reforzada; por lo que la norma sería relevante para el fallo. Dicha norma afectaría al núcleo esencial del art. 23-2 CE, en concreto, al control político mediante el impulso de mociones de censura: los no adscritos no contarían para poner en marcha el procedimiento al exigirse no ya la mayoría absoluta, sino dicha mayoría incrementada en el número de concejales en esa situación.

### III. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La sentencia centra su argumentación en el párrafo tercero del art. 197 a) LOREG, que era la norma aplicable, dada la remisión que efectúa el art. 197 e) en cuanto a los requisitos exigibles al comenzar el Pleno en que debe deliberarse la moción.

Parte de que el precepto no privaba de efectos el derecho de voto de los no adscritos en el Pleno relativo a la moción de censura. Dicho derecho permanece intacto; porque, a efectos de la votación, se exigía mayoría absoluta, sin ningún refuerzo o incremento.

Partiendo de ello, la sentencia recuerda que «quedan encuadradas en ese núcleo de la función representativa aquellas funciones que sólo pueden ejercer los titulares del cargo público por ser la expresión del carácter representati-

vo de la institución»<sup>7</sup>; entre ellas, la participación en el control del gobierno local. Hasta aquí, no parece haber innovación respecto de la jurisprudencia anterior; es más, se invoca explícitamente la STC 81/2012 en relación con la virtualidad de la moción de censura como instrumento de control y exigencia de responsabilidad política<sup>8</sup>. De hecho, añade:

*[...] la moción de censura local configura el ius in officium, el estatus representativo de los concejales, ya que, como se atribuye a éstos la iniciativa y, por tanto, la puesta en marcha de un procedimiento extraordinario de elección de nuevo alcalde y de remoción del anterior, la facultad de presentar una moción de censura con los límites y garantías previstos en la legislación pasa a formar parte del núcleo de su función representativa.*

A continuación, el Tribunal indica que el incremento exigido:

*[...] altera, para los concejales no adscritos, el régimen ordinario de un derecho legalmente configurado como parte del núcleo de su función representativa, que restringe abiertamente, ya que priva de efecto alguno... a los apoyos que puedan ofrecer en la fase de iniciativa o propuesta de la moción, aunque no lo haga en la de votación... la promoción de la moción ha de contar en el momento procedimental a examen, previo a la votación plenaria, con el apoyo de la mayoría absoluta de los miembros de la corporación como si de ésta no formara parte un número igual al de los concejales no adscritos que la suscriben. Es ésta una exigencia que puede hacer inviable, en una pluralidad de escenarios, como es notorio, la tramitación de aquella iniciativa de control del gobierno municipal (como podría ser el caso de autos...).*

Resalta que nos encontramos ante derechos fundamentales, así que siempre deberá verificarse si resulta cercenada la integridad del derecho, partiendo de que los derechos del art. 23-2 son derechos de igualdad (así, STC 163/2011). Pero, pese a afirmar que la previsión legal altera, para el no adscrito, el régimen ordinario de un derecho integrante del núcleo de la función representativa, y que se restringe claramente, la argumentación no termina aquí: a continuación, el Tribunal examina si la norma poseía justificación constitucional, y si resultaba proporcionada.

En principio, la justificación constitucional de la finalidad perseguida, que en realidad forma parte del juicio de adecuación, estriba en minimizar los efectos del transfuguismo, lo que permite modular el estatus del representante

<sup>7</sup> La STC 163/2011 indica que la esencia de estos cargos, indisponible para el legislador, estriba en su carácter representativo.

<sup>8</sup> Véase A. Sanz Pérez (2012), «Régimen Local versus Régimen electoral: La moción de censura al alcalde», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4.

incurso en dicha situación: el transfuguismo, sobre todo en un sistema de listas cerradas y bloqueadas, puede alterar la voluntad popular, considerando la relevancia constitucional de los partidos como cauces de participación. Así, se indica, la adscripción política del representante posee relevancia jurídica, y puede justificarse una modulación del estatus del no adscrito, aunque con el límite de la prohibición del mandato imperativo.

A efectos de la proporcionalidad, sin embargo, no basta afirmar que la finalidad de la medida resulte constitucionalmente legítima: es preciso verificar su adecuación a aquella finalidad. A esto la sentencia da asimismo una respuesta afirmativa:

[...] el incremento del *quorum* de iniciativa tiene como efecto derivado el de dificultar la exigencia de responsabilidad política y remoción del alcalde *por quienes les invistieron de la confianza para serlo*, entorpeciendo de ese modo la verificación de cambios que incidan en la estabilidad en la vida municipal y den lugar a la modificación de gobiernos municipales con la participación en el impulso de la moción de censura de concejales que hayan dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribieron al inicio de su mandato. Se trata, por tanto, en abstracto, de una medida idónea y adecuada para el logro del objetivo que se pretende [...].

A continuación, aborda el juicio de necesidad, asimismo con una conclusión positiva. Para la sentencia, no se restringe el derecho a votar la moción: las limitaciones regían únicamente para la fase de impulso e iniciativa, aunque debían mantenerse al constituirse el Pleno en que se va a tratar aquella.

Pero finalmente se declara la inconstitucionalidad, por entender que no se cumple con la tercera vertiente de la proporcionalidad: el balance costes-ventajas. Así, indica que la norma no distinguía según las circunstancias que hubieran provocado que el concejal dejara de pertenecer al grupo. En otros términos: puede que no exista relación entre la desvinculación con el grupo de procedencia y la preservación de la estabilidad política municipal, ni entre la separación del grupo y la vida de la concreta corporación<sup>9</sup>, ni se precisan las razones que pudieran comportar un fraude a la representación<sup>10</sup>. Justamente

<sup>9</sup> Véase F. J. Bastida Freijedo (1987), «Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 21, págs. 216-220.

<sup>10</sup> La STSJCLM de 18-10-2013 plantea si eran aplicables los requisitos reforzados de la moción de censura al concejal que entra a serlo a mitad del mandato corporativo, tras la renuncia del anterior de la lista, y cuando adquiere la condición de concejal solicita que se le considere no adscrito. La sentencia entiende viable tramitar la moción: «De acuerdo con la literalidad del art.197.1 a)... la situación... no encaja en las previsio-

lo segundo es lo que la sentencia aprecia en el caso; porque la expulsión del partido y la condición subsiguiente de no adscritos se debió al incumplimiento, al apoyar la formulación de la moción, de un pacto entre las instancias regionales de dos partidos. Pensemos que la moción de censura podría haberse debido a una gestión municipal deficiente; en cuyo caso los concejales habrían desatendido las directrices del partido, pero actuado conforme con los intereses de la población a quien representan<sup>11</sup>. A ello añade el Tribunal que tampo-

---

nes de tal precepto, dictado con la sana intención de erradicar los efectos perversos del transfuguismo... definido como acto de traición o deslealtad al partido o formación política por la que el cargo resultó elegido para pasarse al contrario con el fin de darle la mayoría de gobierno necesaria y así obtener réditos o ventajas electorales o personales. La singularidad del caso está, sin entrar a adivinar cuáles fueron las verdaderas intenciones del mencionado concejal a la hora de apoyar la moción de censura, en que aun cuando formase parte de la candidatura de la Agrupación que pactó con el Partido Popular la mayoría necesaria para obtener la alcaldía, resultó elegido de manera accidental como consecuencia de la dimisión de otro concejal de su formación electoral, incorporándose al Ayuntamiento no al inicio de su mandato sino en el curso del mismo, *sin integrarse nunca en la formación política que había apoyado al Sr. Alcalde objeto de moción y sin firmar el pacto de gobierno y estabilidad que sí suscribieron sus otros compañeros de formación*. No se puede considerar como renegado de un partido político bajo cuyas siglas se presentó pero del que nunca formó parte mientras gobernó, y por consiguiente nunca se le pudo considerar desleal a unos compromisos de gobierno que ni ejerció... ni suscribió (pactos de gobierno y estabilidad política), de ahí su condición de no adscrito. En este caso dicha condición de no adscrito no tiene la connotación peyorativa... por cuanto se considera que carece de la adscripción política necesaria para ejercer responsabilidades de gobierno con la mayoría constituida a tal fin». En suma, el TSJ efectúa una interpretación restrictiva del art. 197 a); el concejal nunca dejó de pertenecer al grupo municipal ni tampoco pertenecía al grupo del alcalde cesado. Se viene a decir que el ámbito de aplicación del art. 73-3 no coincide con el de aquel.

<sup>11</sup> Para M. A. Arróniz Morera de la Vall (2009), «El estatuto del concejal no adscrito y el derecho fundamental del artículo 23.2 CE», *Revista española de la función consultiva*, 12, pág. 167, aunque el transfuguismo motivado por razones éticamente reprobables perjudica el sistema democrático, en ocasiones el abandono del grupo obedece a razones legítimas, vinculadas a la libertad de conciencia, por lo que una medida represiva que sancione indistintamente el comportamiento del concejal independiente no parece adecuado. Véase STC 226/2016, que resuelve el conflicto disciplina de partido-democracia interna, en un caso en que estaba en juego la libertad de expresión de un afiliado. Véase asimismo F. Rubio Llorente (1993), «Los tráfugas no son tan malos», *El País*, 6-10-1993; A. Catalá i Bas (2014), «Transfuguismo y régimen jurídico de los concejales no adscritos. ¿Puede, y debe, el Derecho sancionar la deslealtad política?»,

co se tiene en cuenta la proporción de concejales que hubieran abandonado el grupo; en este caso, eran cinco sobre seis.

En síntesis, la sentencia considera el precepto inconstitucional por el automatismo en la aplicación de la consecuencia jurídica a un supuesto fáctico configurado con excesiva amplitud, que no considera las circunstancias del caso ni las concretas razones que, en determinado supuesto, justificarían la limitación del derecho del no adscrito a impulsar mociones de censura. Así, concluye, la norma solo se fija en un criterio subjetivo, válido para evitar ciertas prácticas propias del transfuguismo; pero carece de fundamento objetivo para limitar el *ius in officium*, ya que «no es cierto que la desvinculación orgánica o política de grupo de origen desestabilice por defecto o sin excepción la vida municipal o modifique la voluntad popular».

#### IV. LA PROPORCIONALIDAD COMO BASE DE LA ESTIMACIÓN DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: UNA VISIÓN CRÍTICA

Si bien la idea matriz de la sentencia resulta correcta —haber dejado de pertenecer al grupo no siempre tendrá finalidad desestabilizadora—, sin embargo, el armazón dogmático sobre el que se ha construido parece en algunos puntos cuestionable.

En primer lugar, en algunos aspectos parecen confundirse los distintos elementos configuradores del juicio de proporcionalidad; además de que los requisitos de adecuación y necesidad —que en la sentencia son positivos— no parecen suficientemente justificados. En segundo lugar, puede incluso cuestionarse la procedencia de utilizar el juicio de proporcionalidad en un caso como este.

---

*Revista Española de Derecho Constitucional*, 101, págs. 46-52. Sobre la diferencia entre no adscrito y tránsfuga, L. de la Torre Martínez (2014 b), «La lucha por la equiparación de los derechos en los miembros de las corporaciones locales ¿del premio al castigo?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 163, págs. 353-54.

J. Alguacil González-Aurióles (2011), «De nuevo sobre el poder y los controles a los partidos políticos: a propósito de la reciente reforma de la LOREG sobre mociones de censura en el ámbito municipal», *Revista General de Derecho Constitucional*, 12, señala que la mayor vinculación del concejal con sus electores puede generar una posición autónoma respecto de su partido. Es decir, el apartamiento del partido puede producirse por una actitud de coherencia con la voluntad del cuerpo electoral. Así (2011: 34), si bien la LO 2/2011 servía para cortar abusos, también impactaba negativamente sobre usos legítimos.

## 1. LA INSUFICIENTE JUSTIFICACIÓN DE LA ADECUACIÓN Y LA NECESIDAD DE LA MEDIDA

Al abordar el juicio de adecuación de la norma a su finalidad, la sentencia mezcla los dos supuestos introducidos por LO 2/2011: de una parte, el del no adscrito —único objeto de la sentencia—; de otra, aquel en que quienes promueven la moción de censura pertenecieran o hubieran pertenecido al grupo del que forma parte el alcalde. En este último caso, se dificulta la exigencia de responsabilidad política por quienes inicialmente le apoyaron. Pero no hay plena identidad con el supuesto del no adscrito: Puede que este nunca haya tenido que ver con el grupo al que pertenece el alcalde. Incluso es posible que el no adscrito hubiera votado en su contra en la sesión de investidura.

Así, en el caso del no adscrito, no se explica satisfactoriamente el juicio de adecuación, ya que solo se alude a quienes, inicialmente, hubieran apoyado al alcalde cuyo cese pretenden. Esta situación es la que se producía en el supuesto origen de la cuestión, pero no tiene por qué darse siempre.

Además, imaginemos que el alcalde esté investigado en un proceso penal —o incluso haya sido condenado, todavía no con carácter firme— y, ante la falta de reacción del partido<sup>12</sup>, los miembros de su grupo decidan impulsar la moción de censura. ¿Tiene esto algo que ver con el transfuguismo? Obviamente, no. En este caso, la aplicación de la norma conducirá a resultados contrarios a su finalidad.

En cuanto al juicio de necesidad, hay un elemento que la sentencia no aborda, como resalta el voto de Ollero Tassara. En efecto, el juicio de necesidad implica que no exista alternativa idónea y menos gravosa que la adoptada. Pues bien, el voto señala que, a efectos de la finalidad perseguida —dificultar el cambio en el gobierno impulsado por concejales no adscritos— habría bastado reforzar objetivamente el *quorum* de iniciativa; por ejemplo, exigiendo dos tercios o tres quintos<sup>13</sup>. En tal sentido, para el voto, la regulación posee un

<sup>12</sup> Recordemos que, excepto en los pequeños municipios, el alcalde debe ser cabeza de lista, salvo que haya sido elegido mediante moción de censura, y las SSTC 31/1993 y 185/1993 indican que es legítimo exigir el mantenimiento de dicha condición durante todo el mandato. En otros términos, si el alcalde condenado con carácter no firme es expulsado del partido, pierde la condición de cabeza de lista, si bien la STC 185/1993 versa sobre un caso de abandono voluntario. Véase asimismo STC 125/2013, que afirma que quien no concurrió a las elecciones —al haber sido designado por el partido tras sucesivas renunciadas de titulares y suplentes— no puede ser alcalde.

<sup>13</sup> Así, Fernández Hernández (2016: 1289-1291), para quien la norma, pese a su fin lícito, infringía el art. 23 CE por impedir el control político por los no adscritos mediante la moción de censura.

carácter demasiado personalizado, y «casi cobra aires de sanción»<sup>14</sup>; al exigirse el refuerzo de la mayoría absoluta justamente en el mismo número de concejales no adscritos que impulsaron la medida. Por lo demás, este problema no se da solo en relación con los no adscritos, sino también con los pertenecientes al grupo del alcalde, aunque es verdad que, en estos casos, la finalidad de la norma podría no residir simplemente en dificultar la admisibilidad de la moción, sino en *neutralizar* a quienes se encuentran en dicha situación.

Además, aunque la sentencia resalta que no se altera el estatus del concejal en la votación, la exigencia de *quorum* reforzado al comienzo de la sesión en gran medida hace ilusorio lo anterior. En efecto, en la votación, bastará la mayoría absoluta del número legal. Pero, justo al inicio de la sesión, era preciso que se siguiera apoyando el impulso de la moción con la mayoría reforzada; lo que significa que, si —como sucedía en el caso— dicho *quorum* se daba inicialmente pero después deja de existir, la votación no podría llevarse a cabo. Es decir, la menor onerosidad de la medida es más aparente que real. De hecho, el voto de Ollero Tassara afirma que «el derecho a que se tenga en cuenta el sentido de su voto resulta aniquilado; parece invitársele a que consiga que otro concejal lo suscriba si quiere que tenga algún efecto».

## 2. LA CONFUSIÓN ENTRE LOS DISTINTOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD

La sentencia no contiene, aunque diga lo contrario, ningún análisis costes-ventajas. Cuando supuestamente aborda dicho análisis, ofrece razonamientos válidos y atendibles, pero que nada tienen que ver con el balance, como resalta el último de los votos. Este, partidario de desestimar la cuestión, afirma que nada de lo que se aduce indica que los inconvenientes de la medida superen a sus ventajas<sup>15</sup>.

Comparto esta idea del voto, pero no su conclusión<sup>16</sup>. Lo cuestionable, a la vista de los argumentos en que se apoya la declaración de inconstitucional-

<sup>14</sup> En este sentido, Sánchez Calvache y Lomo Casanueva (2017: 2200-2203).

<sup>15</sup> Para el voto, el único argumento que apuntaría al balance costes-ventajas sería el de que la norma podría imposibilitar la moción en numerosos escenarios, si bien, añade, con ello se aludiría solo a los perjuicios que podría provocar su aplicación, pero sin ponderarlos con sus beneficios.

<sup>16</sup> En efecto, este voto pivota sobre los riesgos del transfuguismo para el sistema democrático-representativo y el hecho de que en ocasiones se vincule a intercambios de favores y a la corrupción. Entiende además que no estamos ante un problema de balance costes-ventajas, sino ante una denuncia de inconstitucionalidad por indiferenciación que no tiene cabida en nuestro derecho. Pero no estamos ante una cosa ni

dad, es la *adecuación* de la medida a su finalidad. En este sentido, la sentencia indica que la norma equipara «*el respeto de la voluntad popular y del gobierno local a la protección del alcalde que fue designado*, cuando lo cierto es que la representación política, en democracia, es siempre colegiada y el alcalde, por ello, representa al ayuntamiento, perfilándose las mayorías de acuerdo a los pactos que se establecen».

Pensemos que no siempre el alcalde habrá sido el candidato de la lista más votada, de hecho, esta regla resulta aplicable solo cuando no se hubiera obtenido mayoría suficiente en las votaciones plenarias (art. 196 LOREG). Muchas veces, los pactos entre partidos conducen a que sea designado alcalde el cabeza de una lista que dista mucho de ser la más votada.

Además, los razonamientos que esgrime la sentencia para afirmar que el balance no es positivo cuestionan en realidad la necesidad de la medida. Así, la norma no solo resultaría innecesaria y desproporcionada por sus consecuencias jurídicas, sino asimismo porque su presupuesto fáctico debería haberse acotado de forma que la restricción solo se activara cuando la no adscripción tuviera que ver con alguna de las circunstancias indicadas por la sentencia.

En suma, los argumentos por los que se declara la inconstitucionalidad son válidos; pero no son manifestación del balance costes-ventajas: no lo es decir que no se ha tenido en cuenta si las razones del abandono han tenido que ver con las circunstancias del municipio, o el hecho de que no se haya sopesado la importancia de si ha sido uno o todos los que han procedido a dicho abandono; o que pueda no concurrir fraude a la representación ni voluntad desestabilizadora.

### 3. LA CUESTIONABLE APELACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PARA JUSTIFICAR LAS RESTRICCIONES AL NÚCLEO DEL *IUS IN OFFICIUM*

Además, resulta cuestionable fundamentar la inconstitucionalidad sobre el juicio de proporcionalidad. Hay que partir del contenido esencial del art. 23-2<sup>17</sup>. Este se ha concretado por el Tribunal Constitucional en el derecho de

---

ante otra, sino ante un problema de adecuación y de necesidad. No obstante, incluso resulta cuestionable la apelación al principio de proporcionalidad; la inconstitucionalidad podría haberse justificado de otra manera.

Además, el voto, cuando afirma que el precepto constituye una reacción frente a la intención de apoyar una moción de censura contra el alcalde a cuyo grupo pertenecía antes, parece confundir el párrafo tercero del art.197 a), el cuestionado, con el segundo.

<sup>17</sup> Entre otras, SSTC 125/2013 y 38/1999. La STC 163/2011 indica que, más allá de la igualdad, las normas no pueden establecer requisitos de acceso al cargo incohe-

participar en la deliberación, con derecho a voto, en los plenos y comisiones informativas —SSTC 169/2009, 20/2011 y 246/2012, entre otras<sup>18</sup>—; en el derecho a obtener información y en la participación en el control del gobierno municipal, dentro del cual la moción de censura constituye una pieza clave. En cambio, de las SSTC 9, 30 y 246/2012 se desprende que el desempeño de una concejalía delegada, la participación en la Junta de gobierno local o la tenencia de la alcaldía no se integran en dicho contenido esencial, ya que estamos ante designaciones directas por el alcalde, siendo esencial la voluntad de este y no la de los electores: así, no se trata siquiera de manifestaciones de la función representativa<sup>19</sup>. Lo mismo se deduce de la STC 169/2009 en relación con los cargos en dedicación exclusiva, ya que es decisión del alcalde designar a los concejales con este régimen —art.75-5 de la Ley 7/1985<sup>20</sup>—. Y las SSTC 36/2014 y 111/2016 indican que la percepción de un sueldo fijo tampoco forma parte del núcleo esencial de la función representativa.

Los derechos nucleares del art. 23-2 son, además, *derechos individuales* de los concejales. Así lo ha resaltado el Tribunal Constitucional al abordar el estatus del no adscrito: lo que modula el art. 73-3 de la Ley 7/1985 son aquellos derechos que derivan de la pertenencia a un grupo<sup>21</sup>. De ahí que la STC 169/2009 indique que no vulnera el art. 23.2 el hecho de que el no adscrito no pueda formar parte de la junta de portavoces; si bien añade que dicho

---

rentes con su naturaleza *representativa*, dada la vinculación entre los dos apartados del art. 23.

<sup>18</sup> Véase L. de la Torre Martínez (2012), «El derecho de los concejales no adscritos a participar en las comisiones informativas con voz y voto», en E. García de Enterría y R. Alonso García (coords.), *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, págs. 345-372.

<sup>19</sup> Y ello, aunque se trata de funciones que solo pueden ejercerse por los concejales: STC 103/2013, que declara inconstitucional que quienes no lo fueran participaran, sin embargo, en la Junta de gobierno local.

<sup>20</sup> En todo caso, el voto particular de Ortega Álvarez a la STC 9/2012 afirma que las delegaciones y tenencias de la alcaldía, la pertenencia a la junta de gobierno local y los cargos en exclusiva son ajenos a la pertenencia a un grupo y por tanto a la condición de no adscrito; es decir, el art. 73-3 no limitaría el acceso a estos cargos. En esta línea, D. Ballina Díaz (2013), «¿Pueden los concejales no adscritos ejercer competencias delegadas en régimen de dedicación parcial o exclusiva?», *Cuadernos de Derecho Local*, 32, págs. 145-150. La STC 246/2012 afirma en todo caso que el art. 73.3 es un precepto abierto y que la normativa autonómica podría equiparar los derechos del no adscrito a los del resto, aunque no conferirle derechos superiores. Y la STC 9/2012 afirma que no compete al Tribunal Constitucional dilucidar si el art. 73.3 impide al concejal desempeñar esos cargos.

<sup>21</sup> Así, T. González del Teso (2005), «Transfuguismo y concejales no adscritos», *Justicia administrativa*, 27, pág. 61.

órgano no ejerce competencias decisorias ni es relevante para la actividad de control o la obtención de la información necesaria<sup>22</sup>.

Es cierto que el Tribunal, en ocasiones, había apelado a la proporcionalidad para justificar previsiones legales incidentes sobre la igualdad de los concejales, pero siempre se había tratado de aspectos ajenos al núcleo de la función representativa —por ejemplo, pertenencia a la junta de portavoces<sup>23</sup>—. Así lo hizo la STC 169/2009, relativa al estatus de los diputados provinciales no adscritos. La sentencia entendió que determinadas limitaciones, circunscritas a los no adscritos, son constitucionalmente legítimas por resultar proporcionadas. Sin embargo, apunta asimismo que el núcleo de la función representativa es intocable, incluso en relación con aquellos<sup>24</sup>.

Es decir, hasta ahora el Tribunal Constitucional había justificado, *conforme al juicio de proporcionalidad*, ciertas restricciones legales en el estatus del no adscrito respecto del resto de concejales, pero sin que aquellas afectaran al núcleo de la función representativa. Ese juicio de proporcionalidad, que en algún caso podría haber justificado una desigualdad de trato, se había aplicado sobre aspectos ajenos a ese núcleo. En cambio, por ejemplo, la STC 20/2011 no se plantea si la privación a los no adscritos de su derecho de voto en las comisiones informativas resultaba o no proporcionada: simplemente, entiende que, por la importancia de estas comisiones, la plena participación en ellas entra dentro del núcleo de la función representativa<sup>25</sup>. De hecho, en las SSTC

<sup>22</sup> Se apunta así a que los derechos integrados en el núcleo de la función representativa no pueden pertenecer al grupo porque entonces el no adscrito quedaría privado de ellos.

<sup>23</sup> Insiste en la intangibilidad del núcleo de la función representativa para el no adscrito De la Torre Martínez (2014 b: 367). Desde otro punto de vista, el hecho de que no se haya infringido el núcleo de la función representativa no comporta que, de modo automático, la desigualdad sea proporcionada. Así, Alonso Mas (2005: 125).

<sup>24</sup> «El distinto trato que el art. 73.3... y, en su aplicación, el Acuerdo impugnado otorgan a los recurrentes está justificado en la diferente situación en la que se encuentran...: 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... *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*».

<sup>25</sup> O, también, la STC 246/2012 —que contiene un fallo interpretativo—, asimismo sobre la participación del no adscrito en comisiones informativas, aunque se había alegado que la medida resultaba proporcionada. Tampoco la STC 30/2012 entra en esta alegación, aunque rechazó la cuestión de inconstitucionalidad por entender que,

147/2013, 125/2013, 185/1993 y 31/1993, en un caso en que estaba en juego el sufragio pasivo y por tanto el núcleo del art. 23, no se argumenta en torno a la proporcionalidad<sup>26</sup>.

Sin embargo, la moción de censura es instrumento esencial, el más contundente, de control político; por lo que la participación en ella se encuadra dentro del núcleo de la función representativa<sup>27</sup>. No tiene sentido, por lo demás, decir que la igualdad de voto en el pleno en que se debate forme parte del núcleo, pero no lo integren los requisitos para su formulación. Ya no se trata de que, como afirma la Sentencia 151/2017, en determinadas circunstancias la exigencia contenida en el art. 197 a) dificultara gravemente y aun imposibilitara la viabilidad de la moción. Esto último es cierto, pero, más allá de ello, la participación en la formulación de una moción de censura es, conforme a la LOREG, un derecho individual de cada concejal<sup>28</sup>, aunque para la efectividad de la iniciativa sea necesaria determinada mayoría —como también en los acuerdos plenarios; aunque el voto sea individual—. No estamos ante una iniciativa que deba formularse a través de los grupos. Si así fuera, la privación real de ese derecho de iniciativa al no adscrito, que establecía el art. 197 a), al menos habría sido coherente con la noción de no adscripción. Si nos fijamos, otros pronunciamientos sobre los no adscritos resaltan que una cosa son los derechos de los grupos —que los no adscritos no pueden ejercer— y otra, los derechos individuales del concejal como representante<sup>29</sup>.

---

en el proceso *a quo*, las cuestiones en juego no afectaban al núcleo de la función representativa. Lo mismo en la STC 9/2012.

<sup>26</sup> En las dos sentencias de 1993, el problema versaba sobre la exigencia de la condición de cabeza de lista para ser alcalde: el argumento del Tribunal pivota sobre la mayor exigencia de representatividad, que es razonable considerando la conexión entre autonomía local y principio democrático.

<sup>27</sup> La STC 81/2012 afirma que la regulación de la moción de censura «configura el *ius in officium*, el estatus representativo de los concejales, ya que, en la medida en que la iniciativa de la moción y, por tanto, de la puesta en marcha de un procedimiento extraordinario de elección de nuevo alcalde y de remoción del anterior, se atribuye a los concejales esta facultad de presentar una moción de censura con los límites y garantías previstos en la legislación, pasa a formar parte del núcleo de su función de representación política». También el voto de Ollero Tassara a la STC 151/2017 va en esta línea, cuando insiste en que la sentencia reconoce que la moción de censura configura el *ius in officium* y forma parte del núcleo de la representación política.

<sup>28</sup> En cambio, en el debate se concede la palabra solo al alcalde, al candidato y a los portavoces de los grupos.

<sup>29</sup> Así, STC 246/2012: «Lo establecido en el... art.32.4... precepto que reconoce a los concejales no adscritos los derechos que individualmente les correspondan como miembros de la corporación, pero no aquellos derechos derivados con carácter exclusivo de la pertenencia

Es cierto, no obstante, que el art. 23-2 consagra un derecho «de igualdad». Así, debemos preguntarnos si sería viable modular las facultades encuadradas *en el núcleo* de la función representativa respecto de algunos concejales, sin vulnerar la igualdad, por resultar la diferencia de trato proporcionada<sup>30</sup>. En suma, debe plantearse si la proporcionalidad podría justificar un trato diferenciado *entre concejales*, en aspectos atinentes al núcleo de la función representativa; considerando que el art. 23.2 exige la igualdad en su desempeño<sup>31</sup>, sin que la misma resulte lesionada cuando la diferencia de trato se fundamenta sobre una diferenciación objetiva de los supuestos de hecho y resulta proporcionada. La LO 2/2011 así lo había entendido, tanto en relación con los no adscritos como en cuanto a los pertenecientes al grupo del alcalde cuya censura se pretende. Y es que no le falta razón al voto discrepante, cuando afirma que, en alguna ocasión, la moción de censura se ha utilizado por quien inicialmente había sido compañero de grupo del alcalde censurado, y a cambio consigue un cargo con dedicación exclusiva y un cuantioso salario<sup>32</sup>.

No obstante, si esta fue la intención de la sentencia, la misma debería haber sido más clara<sup>33</sup>, sobre todo, porque esta vía de razonamiento no es la seguida en otros casos en que ha estado en juego el núcleo del art. 23-2. Pero,

---

*a un grupo político, es conforme al art. 23.2... siempre que se interprete en el sentido de que los derechos que le corresponden al concejal no adscrito son precisamente aquellos de los que es titular como miembro electo... y que forman parte del núcleo esencial de la función representativa que constitucionalmente corresponde a los representantes políticos». Y añade: «[...] la prohibición legal impuesta a los concejales no adscritos de incorporarse a otro grupo político o de constituir un nuevo grupo no afecta al núcleo de la función representativa, pues ninguna de las funciones antes relacionadas se ve necesariamente comprometida como consecuencia de la imposibilidad de constituirse en grupo mixto o de integrarse en otro grupo... por lo que dicha limitación no puede considerarse lesiva del derecho de participación política...». Véase asimismo STS de 3-7-2012. La STC 117/2012 indica que los no adscritos no pueden integrarse en el grupo mixto.*

<sup>30</sup> La STC 155/2014, en relación con determinadas causas de incompatibilidad para ciertos cargos de gobierno local con la condición de diputado autonómico, vincula las exigencias de la igualdad a las de la proporcionalidad.

<sup>31</sup> Que lo pudiera justificar eventualmente —cosa muy discutible— no significa, en todo caso, que siempre deba ser así. El voto de Roca Trías pone de relieve que, cuando la sentencia difiere la nulidad para evitar vacíos normativos, parece decir que el legislador está obligado a «cohonestar el principio de igualdad en el ejercicio de las funciones representativas y la prevención de los efectos perversos causados por el transfuguismo en los legítimos fines declarados por la norma», lo que critica.

<sup>32</sup> Véanse STC 9/2012 y STSJCV de 8-2-2013.

<sup>33</sup> De hecho, la sentencia sí señala que el transfuguismo «no puede intervenir por el legislador con restricciones al *ius in officium* que impacten en el ejercicio natural del

además, se trata de una cuestión sumamente discutible: si estamos en el núcleo de la función, y ante derechos de igualdad, no parece posible que aquel pueda cercenarse respecto de *solo algunos de los representantes*; por justificable que pudiera a simple vista parecer esa restricción<sup>34</sup>.

La clave estriba, y en esto acierta la STC 151/2017, en que los límites normativos que pivoten sobre aspectos nucleares del art. 23.2 solo pueden fundamentarse en criterios objetivos, no basados en las condiciones personales de determinados concejales<sup>35</sup>. Y hablamos de límites porque, si nos referimos al núcleo de la función representativa, más que limitaciones externas estaremos ante la propia configuración del derecho, de cuyo contenido derivan directamente los límites. Pero *si la clave está en que los límites del núcleo de la función representativa deben basarse en criterios objetivos —lo que no sucedía—, sobraba toda la argumentación relativa a la proporcionalidad. El análisis de*

---

cargo público al amparo de la libertad de mandato con base en razones asociadas, sin adjetivos, a la vinculación orgánica y política, sin fundamentos añadidos».

<sup>34</sup> Para Catalá i Bas (2014: 55), de la jurisprudencia constitucional se deduce que los no adscritos no pueden ver menoscabado el núcleo de su función representativa. Para J. García Roca (1995), «La difícil noción de cargo público representativo y su función delimitadora de uno de los derechos fundamentales del art. 23.2 CE», *Revista de las Cortes Generales*, 34, págs. 52-55, la igualdad a que alude el art. 23.2 se aproxima muchas veces a un juicio de regularidad en el establecimiento o aplicación de los requisitos para acceder, permanecer y ejercer los cargos.

En cualquier caso, en ciertas situaciones conferir un tratamiento exactamente igual a todos los representantes conduce al absurdo. Así, STC 39/2008, que entiende justificado y proporcionado impedir la participación en una comisión de investigación a los diputados investigados. Pero no todos los diputados participan en todas y cada una de las comisiones de investigación —no forma parte del núcleo de la función representativa integrarse en todas y cada una de ellas—; además, *la restricción obedecía a un criterio estrictamente objetivo, relacionado con la efectividad misma de la investigación*.

<sup>35</sup> Así, Gutiérrez Alonso (2014: 174) indica que, una vez el legislador crea la moción de censura, es más que dudoso privar de la facultad de formularla solo a algunos concejales. Puede verse asimismo C. Flores Juberías (2011), «Si no puedes eliminarlos, neutralízalos: la cuestión del transfuguismo en la reforma de la LOREG», en E. Álvarez Conde y A. López de los Mozos Díaz-Madroñero (dirs.), *Estudios sobre la reforma de la LOREG: la reforma continua y discontinua*, Instituto de Derecho Público, págs. 279-308. El art. 197 bis LOREG señala que quienes hubieran votado favorablemente una cuestión de confianza, no podrán firmar una moción de censura en los seis meses siguientes. Se trata de una limitación basada en un criterio objetivo, aunque solo afecte a algunos concejales, al igual que la prohibición de que un concejal firme más de una moción de censura durante su mandato —lo que en la práctica hará casi imposible que en una misma legislatura prospere más de una; así, Gutiérrez Alonso (2014: 170).

*proporcionalidad puede servir para determinar si la configuración legal objetiva de los límites del derecho resulta correcta —por ejemplo, si cabe inadmitir una moción sin la firma del portavoz del grupo<sup>36</sup>—. Pero, si la configuración legal de los aspectos nucleares del derecho establece diferencias en función de un criterio puramente subjetivo, la consecuencia debe ser, sin más, la inconstitucionalidad, precisamente porque estamos ante derechos de igualdad<sup>37</sup>. El análisis de proporcionalidad sobra.*

No debe olvidarse, además, que estamos ante la representación política, donde prima la relación representante-representados —todo el cuerpo electoral, no los concretos votantes—, que no se rompe por el hecho de que, habitualmente, la participación política se encauce mediante partidos<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Véase STC 177/2002, solicitudes de comparecencia ante las comisiones de investigación, o STC 64/2002 —denegación de la constitución de un grupo parlamentario con base en una interpretación de los porcentajes exigibles—. La STC 141/2007 verifica si existe fundamento constitucional en las restricciones que los acuerdos impugnados habían producido sobre el núcleo de la función representativa; pero que eran aplicables, potencialmente, a todos por igual —modificación retroactiva del número mínimo de miembros de un grupo parlamentario.

<sup>37</sup> La STC 44/1995 estima el amparo contra una norma supletoria, que restringía considerablemente los derechos del grupo mixto, constituido sobrevenidamente por un único diputado, tráfuga, pero no invoca la proporcionalidad ni se pronuncia sobre el problema sustantivo: se limita a decir que fue la Mesa quien había establecido esta regulación diferenciadora.

<sup>38</sup> Así, STC 64/2002: «[...] la elección de los ciudadanos recae sobre personas determinadas y no sobre partidos o asociaciones que los proponen al electorado», conclusión que no puede quedar empañada porque en nuestro sistema algunos comicios... se produzcan entre listas cerradas y bloqueadas, «pues una cosa es que el elector no pueda realizar cambios en las candidaturas y otra, bien distinta, que los nombres que en ellas figuren sean irrelevantes para la definición que cada cual ha de hacer ante las urnas. La elección es, pues, de personas... cualquier otra concepción pugna con la Constitución y con la misma dignidad de la posición de electores y elegibles, porque ni los primeros prestan, al votar, una adhesión incondicional a determinadas siglas partidarias ni los segundos pierden su individualidad al recabar el voto desde las listas del partido». Por su parte, la STC 125/2013 indica, siguiendo las SSTC 9 y 30/2012: «[...] en principio, las restricciones o limitaciones impuestas a los concejales no adscritos responden a un fin legítimo... La actitud del tráfuga, que, aun ejerciendo su derecho individual, altera el equilibrio de fuerzas... otorgando con su conducta la mayoría a otro grupo hasta ese momento minoritario, altera, aun en un segundo nivel, la representación democrática, pues *la votación a un determinado partido político se efectúa no sólo por la calidad de las personas que lo integran en las listas electorales, sino por la perspectiva política e ideológica que representan*». Pero añade: «[...] el protagonismo corresponde a los

Siendo así, es razonable entender que la no adscripción, aunque puede justificar limitaciones al estatus del concejal en aspectos ajenos al núcleo de su función representativa, no puede hacerlo sobre facultades integrantes en dicho núcleo. De hecho, para la STC 151/2017, la modulación de los derechos del concejal tiene como límite la prohibición del mandato imperativo, lo que comporta que su cese anticipado no pueda fundamentarse en la voluntad del partido<sup>39</sup>, ni en la asunción previa y voluntaria de los estatutos de

---

grupos municipales en los que orgánicamente se han traducido las listas, de tal modo que cada grupo... debe tener la posibilidad de presentar un candidato a alcalde, *si bien ello no puede desvirtuar la conexión entre electores y elegidos, que no puede ser interferida en sus elementos esenciales por la mediación o interposición de un grupo político* (STC 185/1993...).

Para Bastida Freijedo (1987: 210-213 y 219) las restricciones en la libertad de mandato del representante solo serán legítimas si se fundamentan en la lealtad que aquel debe a la representatividad que porta —asimismo, A. Arce Janáriz (1997), «Tránsfugas y portavoces en el grupo mixto», *Revista de las Cortes Generales*, 40, pág. 161—. En suma, afirma que los partidos son garantes de la representatividad, ya que se vota a la lista y además lo esencial es la participación política, canalizada a través de los partidos. Concluye que el Tribunal Constitucional se aparta en ocasiones de la teoría pura de la representación sostenida en SSTC 5 y 10/1983. Las SSTC 64/2002 y 75/1985 indican que los votos no se confieren a los candidatos, ni siquiera al cabeza de lista, sino a las listas; pero el resultado final de las elecciones comportará la adquisición, por concretas personas, de la condición de representantes.

Véase García Roca (1995: 109-113 ss.), para quien las SSTC 5 y 10/1983 arrancan de una reacción frente a ceses indebidos; no de una delimitación de la función representativa, que debe hacerse a través de la prohibición del mandato imperativo —en sentido distinto, F. Caamaño Domínguez (1992), «Mandato parlamentario y derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 36, págs. 144 ss., para quien la representación debe concebirse desde el art. 23-2 (participación) y no desde la prohibición del mandato imperativo—. La STC 123/2017 vincula la prohibición de mandato imperativo y el art. 23-2 con la inviabilidad del cese anticipado y, también, con la teoría de la representación, y declara inconstitucional la ley autonómica que permitía que el Parlamento respectivo revocara el nombramiento de los senadores comunitarios. Catalá i Bas (2014: 67-69) propugna una reforma constitucional que permita a los partidos apartar de su cargo al concejal tránsfuga. En sentido distinto, Arróniz Morera de la Vall (2009: 167 ss.). Véase también M. Holgado González (2017), «El estatuto jurídico-político del diputado: entre la lealtad al partido y la lealtad al electorado», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 111, págs. 45-65.

<sup>39</sup> La STC 298/2006 indica, siguiendo a la STC 185/1993, que ello rige no solo en caso de expulsión (SSTC 5 y 10/1983), sino, además, en los de abandono voluntario del partido.

aquel<sup>40</sup>. Así, concluye que, aunque la lealtad con el partido es consustancial al sistema, dado el art. 6 CE, «es la propia racionalidad de esta forma de gobierno la que impide, precisamente en favor de una representación libre y abierta, que el Ordenamiento haga suyos tales compromisos, prestándoles su sanción y convirtiéndolos, de este modo, en imperativos jurídicos».

## V. ALGUNAS CUESTIONES PENDIENTES

Tras la STC 151/2017 quedan diversos interrogantes. Por lo pronto, no aborda el caso del concejal que impulsa una moción de censura frente al alcalde a cuyo grupo perteneciera; es más, entiende que no procede extender la declaración de inconstitucionalidad *ex* art. 39 LOTC. Aunque lo más habitual sea que el concejal en quien concurra tal circunstancia sea a su vez no adscrito, no siempre sucederá así. Quizá el párrafo segundo esté pensando en conceja-

---

<sup>40</sup> Así, la STC 298/2006 se pregunta «si, pese a no contemplar la legislación electoral que la baja voluntaria en el partido... deba conllevar la pérdida del cargo público representativo, sin embargo, resulte posible llegar al mismo resultado como consecuencia de haberse asumido voluntariamente, en su momento, esa obligación estatutaria. La respuesta ha de ser negativa... los partidos... no son ajenos a los límites que hemos reconocido en el legislador para configurar el régimen jurídico de los cargos públicos representativos. De otra, porque una vez trabada la relación de representación, su ruptura no puede producirse... sino por voluntad de los electores o por resolución de los poderes públicos competentes... no siendo constitucionalmente legítimo otorgar a una instancia que no reúne todas las notas necesarias para ser considerada como un poder público, la facultad de determinar por sí misma el cese del representante en las funciones que los electores le han conferido...». Concluye: «[...] no cabe reconocer eficacia vinculante a la disposición estatutaria invocada, pues lo contrario supondría la vulneración tanto del derecho de los ciudadanos representados (art. 23.1...) como del derecho de los representantes a no ser removidos de sus cargos si no es por causa legal...; por lo que el... compromiso de renunciar al cargo ha de reputarse incompatible con la naturaleza que la Constitución... atribuye a los cargos públicos representativos». Para STC 123/2017: «El mandato libre en virtud de este art. 67.2... supone, pues, la exclusión de todo sometimiento jurídico del representante, en cuanto tal, a voluntades políticas ajenas y proscribire por ello, en particular, que sobre él se hicieran pesar tanto instrucciones vinculantes en Derecho que pretendieran disciplinar su proceder, como asimismo cualquier tipo de sujeción, jurídicamente impuesta, a la confianza de sus electores ... o de las organizaciones o grupos políticos en que se integre o en cuyas listas hubiera concurrido a las elecciones; sujeción que, de llegar a verificarse, contrariaría asimismo, adicionalmente, sus derechos al mantenimiento en el cargo y a ejercerlo sin constricciones ilegítimas».

les no afiliados a ningún partido, pero que concurren por la lista de uno de ellos, y que, con posterioridad, presentan moción de censura contra el alcalde que había encabezado su lista. Puede que aquellos formalmente no hayan abandonado su grupo, sin que tampoco el partido pueda expulsarles, al no ser afiliados<sup>41</sup>. O imaginemos al alcalde investigado por un delito, sin que el partido haya adoptado medida disciplinaria alguna y sin que los concejales de su grupo abandonen el partido, pese a apoyar la moción de censura. Puede que en ese estadio del proceso penal el partido no haya adoptado medidas disciplinarias contra el alcalde, pero es posible que apoye tácitamente la moción<sup>42</sup>.

Así, en ocasiones la situación recogida en el párrafo segundo del art. 197 a) obedecerá a un criterio objetivo —cuando se haya actuado así para obtener una prebenda, o por simples discrepancias personales con el alcalde—, pero en otras, no. Por ello, no parece improbable que, en un futuro, pueda estimarse una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el precepto.

Más allá de esto, existen otras cuestiones sobre los no adscritos que deberían clarificarse. Por ejemplo, el binomio partido-grupo<sup>43</sup>. El art. 73-3 de la Ley 7/1985 únicamente menciona la formación política de procedencia cuando todos o la mayoría de miembros del grupo la hubieran abandonado o fueran expulsados de ella, en cuyo caso es dicha formación la que acredita quiénes siguen siendo legítimos integrantes del grupo. Así, parece que, en otro

<sup>41</sup> Gutiérrez Alonso (2014: 176) alude al caso en que un grupo hubiera tenido un pacto de gobierno con el alcalde, y después uno de sus integrantes apoyara una moción de censura, con o sin respaldo de su partido. A mi juicio, no estamos ante el párrafo segundo del art. 197 a) si en origen unos y otro pertenecían a distinto grupo —lo que no sucede en caso de coalición electoral—; pero, con claridad al menos si existe apoyo del partido propio, tampoco estaríamos ante la no adscripción. Por su parte, Sánchez Calvache y Lomo Casanueva (2017: 2206-2009) inciden en la distinta redacción del art. 197 a) respecto del art. 73-3 de la Ley 7/1985; así, el primero literalmente se refiere al grupo y no a la formación política, aunque la STC 151/2017 acepta el juicio de relevancia ante la expulsión *del partido*.

La STSJ Galicia de 29-6-2016 entiende inaplicable el art. 197 a) segundo párrafo porque el no adscrito no llegó a integrarse en ningún grupo. Entiendo que lo decisivo es que el alcalde no era el cabeza de su lista electoral, aunque esta había apoyado su investidura.

<sup>42</sup> Pensemos también en un municipio de menos de 250 habitantes, donde para ser alcalde no hace falta ser cabeza de lista —art. 196 LOREG—: es posible que, en este caso, quien haya abandonado el grupo sea el alcalde, si bien entonces ya no se daría en el presente la pertenencia al mismo grupo.

<sup>43</sup> La STC 151/2017 indica que el precepto cuestionado atendía a la desvinculación con el grupo, que a menudo expresa la desvinculación con el partido, luego implícitamente admite que no siempre sucederá así.

caso, lo importante sería la pertenencia a este<sup>44</sup>. Sin embargo, esto no es así: si la mayoría del grupo sigue fiel al partido, los disidentes, probablemente, serán expulsados del grupo o procederán a abandonarlo. La finalidad es así disuadir de conductas que revelen infidelidad a la formación política, que presentó la lista electoral, aunque esos votos hayan cristalizado en la adquisición por determinadas personas de la condición de representantes. En suma, para el precepto lo importante es la desviación respecto de la disciplina de partido, considerando su función constitucional como cauce de participación<sup>45</sup>. De la norma parece desprenderse que el grupo es trasunto del partido, y que prima la voluntad de este<sup>46</sup>.

La situación no es de laboratorio; lo demuestra el caso de Benidorm, resuelto por STC 30/2012. Pero el problema no ha recibido respuesta unívoca en la jurisprudencia ordinaria ni en la constitucional. Empezando por esta, la STC 10/2013 resuelve un caso en que, disuelto un partido por el Tribunal Supremo, los concejales de sus listas fueron declarados no adscritos. Para la sentencia, el grupo es trasunto del partido; así, la decisión de no adscripción es correcta y desestima el amparo, aunque ninguno de los integrantes de la lista había abandonado el grupo. Viene así a decir que quienes permanecen leales al partido disuelto, no pierden la condición de representantes<sup>47</sup>, pero tampoco mantienen la adscripción. En cambio, la STC 30/2012 parece inclinarse por una posición diferente, aunque no se trataba de la disolución de un partido, que es un supuesto mucho más grave. En la STC 30/2012, todos los integrantes de la lista del PSOE en Benidorm *abandonaron el partido*. Uno de ellos obtuvo la alcaldía tras una moción de censura, y los restantes, diversas delega-

<sup>44</sup> Para Arruego Rodríguez (2015: 286), la referencia a la no adscripción es el grupo, y la referencia al abandono masivo de la formación política busca quizá evitar que la minoría fiel a la misma sea expulsada de aquel.

<sup>45</sup> El art. 8-5 LO 6/2002 indica que los afiliados deben colaborar en la consecución de las finalidades del partido, compartirlas, y acatar y cumplir las decisiones válidamente adoptadas por los órganos directivos.

<sup>46</sup> Así, Catalá i Bas (2014: 51 y 63), para quien, en caso de ruptura grupo-partido, que comporte expulsión del grupo para los leales al partido y expulsión del partido para la mayoría de miembros del grupo, lo que vale es la lealtad al partido. Pensemos en el afiliado, que se presenta por sus listas y se integra en el grupo mixto por no llegarse al mínimo para constituir grupo propio. Si luego abandona su partido o es expulsado, posiblemente siga integrado en el grupo mixto. En cambio, para la organización de la corporación, lo relevante son los grupos: así, STC 30/1993, sobre composición de las comisiones informativas. Véase Alonso Mas (2005: 103-105), donde, por ello, critica la referencia a la formación política de procedencia en el art. 73-3.

<sup>47</sup> Véase art. 6-4 LOREG, redactado por LO 3/2011.

ciones y cargos con exclusiva. Al resolver la cuestión de inconstitucionalidad, declara que, respecto de dichos concejales, no concurría el juicio de relevancia, porque, *al no haber abandonado el grupo*, no tenían la consideración de no adscritos<sup>48</sup>.

Tras esta sentencia, el TSJCV dicta las de 11-3 y 6-5-2014; ambas entienden que la condición de no adscritos no estaba acreditada, aunque los integrantes del grupo socialista de Benidorm hubieran abandonado el partido<sup>49</sup>. Pero existen resoluciones en sentido contrario; así, STSJ Andalucía de 15-7-2016, asunto alcaldía de Albox. El recién nombrado alcalde había recurrido una sentencia que le condenaba a inhabilitación. Ante ello, todos los concejales de su lista abandonaron el partido y constituyeron, ya que estaban en plazo, el grupo Socialistas alboxenses; sin que el partido comunicara al ayuntamiento dicha desvinculación. Firme la condena del alcalde, aquellos solicitaron reingresar en el partido. Mientras esto —que finalmente les fue concedido— se tramitaba, fue elegido alcalde el miembro de la lista electoral que seguía al cesado. Para el TSJ, dicha persona, al no hallarse en aquel momento integrada en el partido, tenía la condición de no adscrita, así que no era cabeza

<sup>48</sup> «No ocurre lo mismo en relación con el resto... integrados en el Grupo... socialista, sin que ostenten la condición de... no adscritos... A pesar de ello, el órgano judicial razona que «los integrantes del Grupo... todos ellos ex concejales del PSOE, no podrían ostentar derechos económicos y políticos superiores a los que tenían en el grupo de procedencia, es decir, no podrían percibir retribuciones superiores a las que tenían con anterioridad pese a haber asumido el gobierno municipal». Esto es, implícitamente, el Auto... está asumiendo la argumentación de la demanda..., en la que se afirma que... los concejales integrantes del Grupo... abandonaron la formación política en la que concurrieron a las elecciones... por lo que han de pasar a la condición de concejales no adscritos, y, en tal sentido... la demanda solicita la disolución del referido grupo... No obstante, el Auto... se limita, directamente, a exponer las consecuencias que para dichos concejales tendría la aplicación... del art. 73.3..., siendo así que esa aplicación pasa imprescindiblemente por la previa concurrencia del presupuesto de que los mencionados concejales ostenten la condición de no adscritos, circunstancia que... no se produce.»

<sup>49</sup> «Esta Sala no comparte los anteriores razonamientos que no quedan sustentados en prueba alguna que acredite que dicho abandono haya tenido lugar... por el contrario, lo que consta... en este sentido el informe del Secretario... es que: *NO existe constancia documental alguna de la modificación, alteración, disolución de los grupos creados a salvo... la incidencia de abandono voluntario de un concejal integrante del grupo municipal popular que por disposición legal pasa a tener la condición de concejal no adscrito.*»

de lista y no podía ser alcalde<sup>50</sup>, aunque el partido se había opuesto a la demanda<sup>51</sup>. La STSJCIV de 8-2-2013 asimismo parece mantener este criterio<sup>52</sup>.

En todo caso, el problema no resulta simple: imaginemos un abandono, masivo o no, del grupo, basado en que se haya averiguado que el partido

<sup>50</sup> «El abandono voluntario de la candidatura en que concurrieron a las elecciones convierte a quienes así actúan en concejales no adscritos y para los que, según dicha sentencia, la LBRL no les reconoce derecho alguno a constituir un nuevo grupo ni a integrarse en alguno de los existentes...».

<sup>51</sup> Para Gutiérrez Alonso (2014: 180), muchas veces es difícil saber lo sucedido internamente en los partidos afectados por una moción de censura; por lo que, en los casos del apartado segundo del art. 197 a), sería preciso acreditar que el voto del concejal es contrario a la voluntad de su formación política de origen.

Véase Alonso Mas (2005: 101), donde se afirma que el hecho de que uno de los partidos abandone una coalición electoral no significa que sus concejales pasen a ser no adscritos; asimismo, Arruego Rodríguez (2015: 6). En cambio, Alguacil González-Aurioles (2011: 7) entiende que estos casos comportan la no adscripción, siempre que se pacte con otras fuerzas o se dificulte o imposibilite el gobierno local; lo justifica porque el voto se otorga a la lista conjunta —véase STSJ Canarias de 8-7-2008—. A efectos del párrafo segundo del art. 197 a), lo relevante es la pertenencia al grupo del alcalde; pero lo determinante, para constituir los grupos, es la formación electoral, lo que significa que todos los miembros de la coalición deben integrarse en un mismo grupo. Por tanto, el precepto es de aplicación a la ruptura de una coalición electoral y presentación por los disidentes de moción de censura contra el alcalde que había encabezado las listas de la coalición. Esta regulación es lógica, porque la LO 2/2011 pretende preservar la estabilidad política; pero ello es compatible con un entendimiento distinto del alcance del art. 73.3, ya que son normas que actúan en momentos y mediante mecanismos distintos, aunque se complementen.

<sup>52</sup> «La alteración del resultado electoral se produce no sólo cuando un representante político abandona la formación por la que fue elegido, apoyando con sus votos los planteamientos políticos de otra..., sino igualmente cuando, manteniendo su pertenencia en el grupo... se quiebra la disciplina del partido, poniendo sus votos a disposición de un adversario político para, a través... de la moción de censura, desposeer de su cargo de Alcalde a quien lo ostentaba como miembro de su grupo..., que obviamente tenía la voluntad de mantenerlo; y acto seguido atribuirse unos derechos políticos que no se poseían con anterioridad... y las correlativas ventajas económicas...». Esta sentencia viene referida a una moción de censura, anterior a la LO 2/2011. La argumentación se basa en que la no adscripción impediría ser alcalde y ostentar delegaciones o exclusivas; en cambio, la de la misma Sala de 19-11-12 afirma que, como la expulsión se produce a raíz de la adquisición de la alcaldía y por tanto con posterioridad a la misma, el nombramiento es válido. Véase R. Manzana Laguarda (2013), «Transfuguismo político: cese de alcaldesa que accedió al cargo tras promover una moción de censura y devolución de retribuciones», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 860.

hubiera estado financiándose ilegalmente. ¿Tiene sentido la no adscripción, cuando la actuación del concejal ha obedecido a convicciones éticas? Pensemos asimismo en los independientes, o en los integrados en una agrupación de electores, que carece de la función constitucional propia del partido<sup>53</sup>: un independiente que concurre en una lista y luego se desmarca del grupo tendrá la condición de no adscrito<sup>54</sup>; pero dicha actitud puede resultar éticamente reprochable —se integró en la lista para asegurarse la elección y después abandonar a sus colegas— o no serlo —por ejemplo, ante una mala gestión del grupo municipal.

Tampoco aborda la STC 151/2017 si debe darse trato diferenciado a la expulsión y al abandono voluntario, al considerarlo irrelevante para el caso. El art. 197 a) no diferenciaba; el art. 73.3, si bien resulta un tanto equívoco, parece comprender ambos supuestos<sup>55</sup>. Pues bien, si la finalidad es evitar el transfuguismo, quizá no deba ser relevante el binomio expulsión-abandono como más bien las razones que hayan conducido a esas situaciones. Es más, la sentencia parece apuntar que, aparte de la legitimidad de dichas razones, puede ser importante, por ejemplo, su vinculación a la concreta política municipal. Sí alude el Tribunal, tangencialmente, al caso en que todos o la mayoría del grupo hubieran pasado a ser no adscritos; dato que considera relevante y que debería haberse considerado, entre otros factores: a mi juicio, no se trata de una cuestión de apreciación automática, pero el hecho de que todos o la mayoría de miembros del grupo hayan pasado a ser no adscritos, puede ser indicio de discrepancias con el partido en cuestiones atinentes a la vida municipal —es decir, un conflicto entre las directrices del partido y los intereses del cuerpo electoral— o, incluso, de la existencia de corrientes opuestas dentro del partido<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Véase, por ejemplo, SSTC 85/2003 y 68/2005.

<sup>54</sup> Véase M. A. Presno Linera (1998), «La superación del transfuguismo político en las corporaciones locales como exigencia de una representatividad democrática», *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, 271, pág. 120.

<sup>55</sup> Arruego Rodríguez (2015: 284) parece entender que el art. 73-3 comprende solo el abandono, aunque algunas normas autonómicas abarcan ambos supuestos —así, art. 134 de la Ley valenciana 8/2010—. En todo caso, incluir la expulsión supone un problema adicional, cuando el orden jurisdiccional civil finalmente declare la nulidad de dicha expulsión: véase Sánchez Calvache y Lomo Casanueva (2017: 2217-2219 ss.), STC 226/2016 y STSJCLM de 31-7-2017. Las SSTSJ Madrid de 19-3-2014 y 10-4-2008, y la de Málaga de 19-11-2009, entienden que el precepto comprende la expulsión.

<sup>56</sup> Véase Holgado González (2017: 57-60).

*Lege ferenda*, pueden formularse algunas propuestas, para intentar conciliar —si no estamos ante una antinomia insoluble— el hecho de que la participación política se lleve a efecto normalmente mediante representantes, de quienes se predica la libertad de mandato (art. 7 CEAL), y que, no obstante, resulta canalizada a través de los partidos. Aparte de las voces que solicitan eliminar las listas cerradas y bloqueadas, en relación a la moción de censura cabría plantear la posibilidad de elección directa del alcalde<sup>57</sup>. O también, para desincentivar el uso torticero de las mociones de censura, debería impedirse explícitamente el acceso a la alcaldía, tras la moción, al no adscrito —como defiende por ejemplo la STSJCIV de 8-2-2013—, para disipar cualquier duda que pudiera subsistir al respecto. Esto resulta proporcionado, porque la jurisprudencia constitucional (SSTC 31 y 185/1993) afirma que es posible exigir un plus de representatividad para ser alcalde. La medida quizá no resulte eficaz cuando se pretenda un cambio en el gobierno municipal propiciado por el voto de un solo transfuga —aunque a veces sí, si el precio del transfuguismo es obtener la alcaldía—; pero puede serlo cuando todos los que promuevan la moción fueran no adscritos. También, considerando que no estamos ante el núcleo de la función representativa, podría modificarse el art. 73-3, para impedir expresamente y con carácter general al no adscrito desempeñar cargos como concejalías delegadas o tenencias de alcaldía<sup>58</sup>; ya que de la STC 246/2012 se desprende que es la normativa autonómica la que debe concretar las limitaciones. Esta medida resultaría adecuada, porque dificultaría considerablemente la formación del equipo de gobierno resultante de la moción en muchos casos.

<sup>57</sup> Véase J. García Fernández (2001), «La elección directa de los alcaldes: contexto político y problemática jurídica», *Revista de Derecho Político*, 52, págs. 205-246. Para M. J. García García (2011), «La elección directa del Alcalde en el régimen local: justificación, alcance y repercusiones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, págs. 219-222 y 233 ss., un sistema puro de elección directa sería incompatible con la moción de censura por los concejales, al desconectarse la legitimidad democrática del alcalde respecto de aquellos; pero la moción de censura sería compatible con un sistema atenuado de elección directa, en que el candidato deba integrarse en una lista —así, proclamación del candidato de la lista más votada—. Añade que el alcalde procedente de una moción de censura suele hallarse más alejado de la voluntad de los electores, al ser habitualmente estas mociones producto de pactos postelectorales.

<sup>58</sup> En ocasiones, la jurisprudencia ha entendido que este es el sentido del precepto; así, STSJCIV de 11-12-2014. En sentido contrario, STSJ Asturias de 30-9-2013, de Madrid de 21-7-2009, de Cantabria de 13-3-2009. La del TSJCIV de 17-10-2012 afirma que, para que no se aplique el art. 73.3 a estos cargos, debe probarse que se les habrían concedido aunque hubieran seguido en su grupo. Véase la del mismo TSJ de 30-5-2017.

## VI. CONCLUSIONES

La STC 151/2017 acierta al apreciar la inconstitucionalidad. No puede vincularse a la condición de no adscrito, sin matices, la imposibilidad de impulsar mociones de censura. Esta, como instrumento central de control y exigencia de responsabilidad política, entra en el núcleo de la función del representante, y el no adscrito, por esta condición, no puede ser privado de la posibilidad de promoverla. De la jurisprudencia constitucional se deduce que la no adscripción puede justificar la privación de los derechos propios de la integración en un grupo, lo que es coherente con el concepto de no adscrito. Pero la formulación de mociones de censura no es un derecho del grupo, sino de los concejales. Por todo ello, cualquier límite a la formulación de una moción de censura deberá basarse en razones objetivas.

Precisamente porque estamos ante el núcleo de la función representativa, sobra cualquier otro argumento; en concreto, las referencias a la proporcionalidad. Esta puede invocarse para configurar los límites intrínsecos de las facultades que configuran el núcleo del estatus del representante. Pero esos límites deben ser siempre objetivos; hasta la fecha, la jurisprudencia constitucional había invocado la proporcionalidad para verificar la viabilidad de las restricciones objetivas al estatus nuclear del representante, y la de aquellas que no afectan a dicho núcleo.

Constatado que el art. 197 a) imponía restricciones a una facultad encuadrada en el núcleo de la función representativa, basadas exclusivamente en la desvinculación del grupo, debería sin más argumentación haberse declarado la inconstitucionalidad: una limitación a dicho núcleo no puede basarse en circunstancias puramente subjetivas. Por supuesto, sería viable, como indica la sentencia, imponer límites por circunstancias objetivas, ligadas a conductas que comporten fraude a la representación, lo que se vincula directamente a preservar la finalidad de la moción de censura —la estabilidad política<sup>59</sup>—;

---

<sup>59</sup> Otro tema estriba en cómo deberían configurarse esos límites. Es decir, verificado el fraude a la representación, el problema está en si los incursos en ella deberían ser privados de la facultad de iniciativa en la moción de censura; o si bastaría exigir una mayoría reforzada —dos tercios, por ejemplo—. Si se trata de evitar que la moción sirva como instrumento de inestabilidad, parece más lógico privar de la facultad de iniciativa a aquellos en que concurre aquella situación. Exigir, por ejemplo, mayoría de dos tercios, además, podría impedir la formulación de la moción, aunque aquella condición solo se diera en uno de los concejales. Otra cuestión es la dificultad de diseñar correctamente aquellos supuestos en que efectivamente concurra fraude a la representación.

pero sin que pueda sostenerse la *ficción legal* de fraude a la representación por la sola condición de no adscrito.

La sentencia, al apelar a la proporcionalidad, podría crear la sensación de que en algún caso serían viables limitaciones al contenido esencial de la función representativa por razones subjetivas, siempre que se cumpliera el test de proporcionalidad. Y esto debe evitarse. Ciertamente, aquella concluye que las razones subjetivas no cumplen dicho test, pero la argumentación podría prestarse a equívocos.

Desde otra perspectiva, resulta lógico el distinto alcance subjetivo del art. 73-3, centrado en el dato formal de la no adscripción, y el que para la STC 151/2017 debería haber tenido el art. 197 a). Ello, porque, por una parte, aquel busca desincentivar el transfuguismo, y tiene finalidad preventiva, frente a la expresada en la LO 2/2011 —*evitar* las consecuencias más nocivas del transfuguismo—; por otra, la regulación del no adscrito en la Ley 7/1985 no incide en el núcleo del art. 23-2, lo que sí sucede si le impedimos impulsar una moción de censura.