

## VISTO BUENO DEL TUTOR DEL TRABAJO FIN DE MÁSTER

El Profesor Vicente J. Navarro Marchante como Tutor/a del Trabajo Fin de Grado titulado “Dictamen de constitucionalidad: la restricción de derechos de participación política a los concejales no adscritos en la Ley de Municipios de Canarias”, realizado por D. Sergio Siverio Luis en el Máster de la Abogacía, informa favorablemente el mismo, dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa en tanto que se trata de un análisis jurídico muy completo, bien documentado y con reflexiones bien fundamentadas sobre un asunto de relevancia e interés que aún no se encuentra cerrado, lo que añade valor al trabajo.

Se propone una calificación de: Sobresaliente, 9.5.

En La Laguna, a 21 de enero de 2020.

VºBº



Fdo.: Vicente J. Navarro Marchante.

## **TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

### **Máster Universitario en Abogacía**

Escuela de Doctorado y Estudios de Posgrado ULL

Facultad de Derecho ULL – Ilustre Colegio de Abogados Santa Cruz de Tenerife

Curso: segundo

Convocatoria: enero de 2020

### **DICTAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD:**

## **LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA A LOS CONCEJALES *NO ADSCRITOS* EN LA LEY DE LOS MUNICIPIOS DE CANARIAS.**

CONSTITUTIONAL EASSY:

*THE RESTRICTION OF POLITICAL PARTICIPATION RIGHTS TO LOCAL PUBLIC CHARGES  
WITHOUT GROUP IN THE CANARIAN TOWNS LAW.*

Dictamen que emite **Don Sergio Siverio Luis**, alumno del Máster Universitario en Abogacía, como Trabajo de Fin de Máster.

Tutorizado por el Profesor **Dr. Vicente Navarro Marchante**

Departamento: Derecho Constitucional, Ciencia Política y Filosofía del Derecho

Área de conocimiento: Derecho Constitucional



## **ABSTRACT**

*The Canarian Towns Law, trying to stop the phenomenon of transfuguism in the canarian local administration, doesn't allow that local public charges who are expelled from their political parties, which are called unassigned, to hold exclusive or partial dedication, either have management position of a corporation dependent entity. This regulation, which is also present in other territories of the country, has generated an intense political and legal conflict, especially today in the town hall of Santa Cruz de Tenerife, where there are two local public charges of the government team, who have been expelled from their political party. This conflict has produced that some authorities express that the Canarian norm is unconstitutional for violating the fundamental right of political participation. In this research paper we make an assessment of article 23 of the Spanish constitution, with a review of the procedural defense possibilities of affected persons and the consequences that would affect the local public charges of Santa Cruz de Tenerife.*

*Keywords: towns, Canary Island, political participation, constitutionality, local public charges, transfuguism, representative mandate.*

## **RESUMEN**

La Ley de los municipios de Canarias, en su intento por frenar el fenómeno del *transfuguismo* en la Administración local canaria, no permite a los concejales que son expulsados de sus partidos políticos, denominados *no adscritos*, ostentar dedicación exclusiva o parcial ni tampoco tener cargos directivos en entidades dependiente de la corporación. Esta regulación, presente en otras Comunidades Autónomas, ha generado una importante controversia política y jurídica, la más reciente de ellas en el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, con la presencia de dos concejales que forman parte del equipo de gobierno de la ciudad y que han sido expulsados de la formación política con la que concurren a las elecciones locales. Este conflicto ha llevado a algunas voces autorizadas a tachar la norma citada de inconstitucional por vulnerar el derecho fundamental de participación política de los concejales. En el presente Dictamen se realiza una valoración jurídica sobre la conformidad de este precepto con el contenido esencial del artículo 23 de la Constitución Española, analizando las posibilidades procesales de defensa de las personas afectadas y las consecuencias que se derivarían para los dos concejales *no adscritos* del Ayuntamiento de Santa Cruz.

Palabras clave: municipios, Canarias, participación política, constitucionalidad, concejales, transfuguismo, mandato representativo.



## ÍNDICE:

<b>1.- INTRODUCCIÓN</b> .....	4
<b>2.- OBJETO DEL DICTAMEN</b> .....	7
<b>3.- ANTECEDENTES DE HECHO</b> .....	8
<b>4.- CUESTIONES PLANTEADAS</b> .....	11
<b>5.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS</b> .....	12
<b>5.1.- El derecho fundamental de participación en los asuntos públicos: elementos configuradores y doctrina científica</b> .....	12
<b>5.2.- La regulación del artículo 28 de la Ley de los municipios de Canarias: los concejales <i>no adscritos</i> y la limitación legal de sus derechos</b> .....	19
<b>5.2.1.- El concepto de concejal <i>no adscrito</i></b> .....	21
<b>5.2.2.- Derechos de los concejales <i>no adscritos</i></b> .....	22
<b>5.3.- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos</b> .....	29
<b>5.3.1.- Cesación del cargo de concejal por la expulsión de su partido político.</b> 29	
<b>5.3.2.- Sobre el derecho a participar y votar en las comisiones informativas del ayuntamiento</b> .....	32
<b>5.3.3.- Sobre los derechos económicos y políticos de los concejales <i>no adscritos</i></b> .....	35
<b>5.3.4.- Distribución desigual de los derechos a concejales <i>no adscritos</i> respecto de aquellos otros incorporados a un grupo municipal</b> .....	36
<b>5.3.5.- Establecimiento de un quórum específico para promover mociones de censura cuando medien desvinculaciones del grupo municipal</b> .....	38
<b>5.3.6.- Reflexiones sobre la jurisprudencia analizada en aplicación al supuesto de hecho objeto de Dictamen</b> .....	42



<b>5.4.- Posibilidades procesales de defensa del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos .....</b>	<b>45</b>
<b>6.- CUESTIONES ADICIONALES .....</b>	<b>50</b>
<b>6.1.- Las <i>tachas de inconstitucionalidad</i> de la Ley de los municipios de Canarias .....</b>	<b>50</b>
<b>6.2.- Acuerdo sobre un Código de Conducta Política en relación con el <i>transfuguismo</i> en las corporaciones locales .....</b>	<b>55</b>
<b>7.- CONCLUSIONES .....</b>	<b>58</b>
<b>8.- BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CONSULTADAS .....</b>	<b>62</b>
<b>8.1.- Bibliografía consultada .....</b>	<b>62</b>
<b>8.2.- Jurisprudencia consultada .....</b>	<b>63</b>



## 1.- INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

El artículo 23.1 de la Constitución Española de 1978 establece que: “*Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal*”. De esta forma, el legislador constitucional viene a configurar el derecho fundamental que tiene la ciudadanía para la participación en los asuntos públicos, que también está presente en otros textos legales de carácter supranacional como la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>2</sup>.

De la configuración de este derecho fundamental consagrado como tal en nuestra Carta Magna han surgido numerosos conflictos jurídicos y políticos, que han dado lugar a una prolija jurisprudencia, uno de los cuales trataremos de abordar de la forma más concreta y práctica posible en el presente Trabajo de Fin de Máster Universitario en Abogacía, que tendrá el formato de Dictamen por ajustarse de forma más concreta a las exigencias jurídico-formales de esta investigación<sup>3</sup> y de los estudios que la enmarcan.

En concreto, abordaremos en el presente trabajo la introducción de determinadas restricciones de este derecho fundamental para los cargos públicos que, habiendo obtenido su acta como representante en alguna institución por haber ejercido su derecho de sufragio pasivo en un proceso electoral en una determinada candidatura, resultan expulsados disciplinariamente del partido político con el que concurrieron a las urnas, pasando a ser un cargo *no adscrito*, que es enmarcado en el ámbito político en el fenómeno conocido como *transfuguismo*.

Pues bien, para centrar aún más la temática sobre la que versará este trabajo, la relativamente reciente Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias ha establecido en su artículo 28 una regulación de los concejales *no adscritos* que, en su

---

<sup>1</sup> Consideramos que resultaba muy interesante realizar una introducción del presente Trabajo de Fin de Máster que, si bien no forma parte *stricto sensu* del Dictamen que se emite, sirve para contextualizar la temática escogida y sistematizar los contenidos que se abordarán en éste.

<sup>2</sup> Artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.

<sup>3</sup> Se trata de la fórmula recomendada por la Guía Docente de Trabajo de Fin de Máster Universitario en Abogacía de la ULL, para el presente curso 2019-2020.



apartado cuarto, impide ostentar “*la condición de miembros con dedicación exclusiva ni parcial, ni ser designados para el desempeño de cargos o puestos directivos en las entidades públicas o privadas dependientes de la corporación*”.

Esta regulación, con importantes consecuencias económicas y políticas para los concejales calificados como *no adscritos*, según la definición establecida en el mismo texto normativo, ha sido tachada de inconstitucional en numerosas ocasiones, pero continúa estando en vigor sin dar lugar hasta ahora al planteamiento de un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad que permita al Tribunal Constitucional como máximo intérprete de nuestra Carta Magna, pronunciarse sobre la mencionada tacha de inconstitucionalidad.

Dicho esto, lo que se pretende en este Trabajo de Fin de Máster no es otra cosa que dar una respuesta práctica a este conflicto jurídico-político, a través de la elaboración de un Dictamen de constitucionalidad que, a la vista de la doctrina y jurisprudencia aplicable en el marco del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, marque un criterio respecto de la constitucionalidad o no del precepto legal citado, así como de las vías jurídicas que existen para resolver la situación que se plantea actualmente con respecto a la aplicación de este precepto legal.

Para ello, abordaremos en primera instancia la situación de hecho concreta que se ha planteado muy recientemente en uno de los ayuntamientos de las Islas Canarias, concretamente la del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, con respecto a concejales *no adscritos* que forman parte del equipo de gobierno municipal. Posteriormente, analizaremos las cuestiones sobre las que debemos aportar una respuesta jurídica para la resolución del conflicto, que pasan fundamentalmente por la emisión del Dictamen de constitucionalidad en que consiste este trabajo.

En una segunda parte, abordaremos en detalle los fundamentos jurídicos que debemos aplicar para llegar a una conclusión respecto del Dictamen de constitucionalidad, tanto desde el punto de vista de la doctrina científica del derecho fundamental de participación ciudadana en los asuntos públicos, como desde la regulación legal tachada de inconstitucional -pero no recurrida ante el TC- en la Ley de



los municipios de Canarias, así como, por supuesto, de la prolija jurisprudencia del Tribunal Constitucional que resultaría aplicable para la resolución del asunto.

Para poder llegar a emitir el Dictamen, hemos tenido que estudiar jurídicamente otros asuntos similares planteados con respecto a la participación de cargos públicos denominados como *no adscritos* en las instituciones de representación, por la incidencia decisiva que tienen los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre dichas cuestiones para las conclusiones a las que llegaremos en este trabajo. En este sentido, hemos estudiado, por ejemplo, las regulaciones legales anteriores que limitaban el derecho de los concejales *no adscritos* a participar en las mociones de censura o a participar en las comisiones informativas de los ayuntamientos.

A la vista de la actual problemática, parcialmente resuelta en este Ayuntamiento por la vía política, resulta de una importancia crucial emitir un Dictamen de estas características que, alejado de los mayoritariamente sesgados estados de opinión sobre este conflicto, aplique fundamentación exclusivamente jurídica para determinar si una norma que actualmente está vigente en nuestro Ordenamiento Jurídico, y que muy probablemente seguirá generando controversias en el futuro, vulnera lo establecido en el artículo 23 de la Constitución Española, en cuyo caso resultaría profundamente peligrosa su pervivencia en la legislación vigente, por los daños irreparables que causarían a la calidad democrática de nuestras instituciones.





## 2.- OBJETO DEL DICTAMEN

El objeto del presente Dictamen es dar respuesta a la controversia suscitada por la aplicación del artículo 28.4.c) de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias, concretamente en el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, en virtud del cual se **impediría a dos concejales no adscritos que forman parte del equipo de gobierno de esta corporación**, fruto de su expulsión del partido político en cuya candidatura obtuvieron el escaño en las últimas elecciones municipales, **ostentar la condición de miembros con dedicación exclusiva de este municipio de Canarias**, así como ser **designados para el desempeño de cargos o puestos directivos en las entidades públicas o privadas dependientes de ésta**.

A este respecto, como veremos en el cuarto apartado de este trabajo sobre las cuestiones planteadas, el objeto del presente Dictamen pasa por **determinar la constitucionalidad o no del citado artículo 28.4.c) de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias**, mediante la aplicación de la correspondiente fundamentación jurídica aplicable al supuesto de hecho.



### 3.- ANTECEDENTES DE HECHO

Los hechos que motivan la emisión del presente Dictamen son los que se recogen a continuación:

**PRIMERO.** El domingo 26 de mayo de 2019 se celebran elecciones locales en los municipios del Estado Español<sup>4</sup>. En este proceso electoral se presentan en el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife un total de quince candidaturas, una de las cuales corresponde al partido político CIUDADANOS - PARTIDO DE LA CIUDADANIA (en adelante, CIUDADANOS)<sup>5</sup>.

El escrutinio de las elecciones locales en el Ayuntamiento capitalino arroja un resultado que permite obtener dos concejales a la candidatura de CIUDADANOS (Cs), con 7.254 votos (8,36%). Estos dos concejales, los primeros que figuran en la candidatura presentada, Matilde Zambudio Molin y Juan Ramón Lazcano de la Concha, son proclamados definitivamente como tal por la Junta Electoral de Zona el 5 de junio de 2019 y pasan a formar parte de la corporación Municipal.

**SEGUNDO.** El 15 de junio de 2019 se celebra la Sesión Constitutiva del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, en la que, tras el juramento o promesa de acatar la Constitución Española de todos los concejales electos, resulta elegida alcaldesa Doña Patricia Hernández Gutiérrez, candidata del Partido Socialista Obrero Español (PSOE), con 14 votos de los 25 concejales presentes en el Pleno<sup>6</sup>, logrando así la mayoría absoluta que exige el artículo 196 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, para la proclamación de alcalde o alcaldesa.

**TERCERO.** Tres días después, el 18 de junio de 2019, CIUDADANOS anuncia la apertura de un expediente disciplinario y la suspensión cautelar de militancia a sus dos concejales electos en Santa Cruz, por el supuesto apoyo a la candidata socialista en contra

---

<sup>4</sup> Convocadas en virtud del Real Decreto 209/2019, de 1 de abril, por el que se convocan elecciones locales y a las Asambleas de Ceuta y Melilla para el 26 de mayo de 2019 (BOE núm. 79, de 2 de abril de 2019).

<sup>5</sup> Edicto de la Junta Electoral de Zona de Santa Cruz de Tenerife de 23 de abril de 2019, publicado en el BOP de Santa Cruz de Tenerife número 49, de 24 de abril de 2019.

<sup>6</sup> Acta de la Sesión Constitutiva del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, 15 de junio de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/39eb6u1>



de las directrices de su formación<sup>7</sup>. En la sesión ordinaria del Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, celebrada el 5 de julio de 2019, se da cuenta de la constitución del Grupo Mixto, en el que se integran los concejales expedientados, que además pasan a formar parte de la Junta de Gobierno de la Ciudad, con las siguientes delegaciones<sup>8</sup>:

- **Dña. Matilde Zambudio Molina:** Primera Teniente de Alcaldesa; Concejala del Área de Promoción Económica, Empleo, Calidad de Vida, Deportes, Cultura y Patrimonio Histórico, así como **Presidenta del Organismo Autónomo de Cultura.**
- **D. Juan Ramón Lazcano de la Concha:** Tercer Teniente de Alcaldesa; Concejala del Área de Planificación del Territorio y Medioambiente, Proyectos Urbanos, Infraestructuras y Obras, así como **Consejero Director del Organismo Autónomo Gerencia Municipal de Urbanismo.**

Asimismo, se acuerda **establecer el régimen de dedicación exclusiva** a los dos concejales expedientados y suspendidos cautelarmente de militancia, que integran el gobierno municipal.

**CUARTO.** Cinco días después, el 10 de julio de 2019, la Comisión del Régimen Disciplinario de CIUDADANOS resuelve **la expulsión provisional** de sus dos concejales electos, por desobedecer las instrucciones del partido que, según indica la prensa, consistía en votarse a sí mismos en la sesión constitutiva del Ayuntamiento capitalino<sup>9</sup>. A pesar de la impugnación de ambos concejales ante la Comisión de Garantías y Valores del partido, el 4 de septiembre de 2019 se comunica **su expulsión definitiva**<sup>10</sup>, lo cual se pone en conocimiento de la corporación a través de un escrito presentado en el registro de entrada del Ayuntamiento el día 6 de septiembre.

---

<sup>7</sup> “Ciudadanos suspende de militancia a sus dos concejales de Santa Cruz de Tenerife por votar a favor de la alcaldesa del PSOE”, *El Mundo*, 18 de junio de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/2srlrSL>

<sup>8</sup> Acta de la Sesión Ordinaria 5/2019 del Excmo. Ayuntamiento Pleno, celebrada el 5 de julio de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/2EUrMJ8>

<sup>9</sup> “Ciudadanos expulsa a dos concejales por desobedecer al partido y hacer alcaldesa de Santa Cruz de Tenerife a la candidata del PSOE”, *El Mundo*, 10 de julio de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/2tRWLmN>

<sup>10</sup> “Ciudadanos expulsa de manera definitiva a sus ediles y consejeros”, *El Día*, 5 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/352Sxpx>. Como veremos, se produjo una situación parecida en el Cabildo de Tenerife, que conllevó la expulsión de los dos consejeros de esta formación, con diferentes consecuencias.



En la sesión ordinaria del Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, celebrada el 26 de septiembre de 2019, se aborda en el cuarto punto del orden del día una dación de cuenta de dicho escrito para la adopción de los acuerdos que se estimen pertinentes (al amparo de la Ley de los municipios de Canarias), en la que el Secretario General del Pleno anuncia que se ha solicitado **un requerimiento de subsanación** al partido político, para que acreditara que se cumplen los extremos exigidos por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que el Pleno debe comprobar, esto es: que la expulsión se ha producido por el órgano competente del partido, de acuerdo con los Estatutos, con previo trámite de audiencia a los expedientados y que es firme en el seno de dicha formación política. En tanto que no se ha recibido respuesta a dicho requerimiento por parte de CIUDADANOS que conste en el expediente, el Pleno acuerda por unanimidad retirar este punto del orden del día<sup>11</sup>.

**QUINTO.** Inmediatamente después de conocer la expulsión definitiva de CIUDADANOS, los concejales Zambudio y Lazcano anunciaron la interposición ante los Juzgados de una demanda por vulneración de derechos fundamentales<sup>12</sup>. En la siguiente sesión ordinaria que se celebra del Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife el día 25 de octubre de 2019, se incluye este punto nuevamente en el orden del día, junto con una dación de cuenta de los autos del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santa Cruz de Tenerife, de 14 de octubre de 2019, en los que se acuerda estimar la medida cautelar solicitada por los concejales, con la consiguiente suspensión de la expulsión de ambos del partido hasta que recaiga Sentencia firme en los procedimientos abiertos al respecto en dicho Juzgado, lo que se pone en conocimiento del Pleno e impide de nuevo tomar ningún acuerdo al respecto, más allá de quedar enterado<sup>13</sup>.

En tanto que, hasta la fecha, no ha recaído sentencia judicial que resuelva el fondo del asunto planteado por ambos concejales, no ha vuelto a ser tratado este punto en el Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, a la espera de la resolución oportuna, para tomar los acuerdos que procedan de conformidad con la legislación vigente.

---

<sup>11</sup> Acta de la Sesión Ordinaria 7/2019 del Excmo. Ayuntamiento Pleno, celebrada el 26 de septiembre de 2019. Aunque el contenido del debate no consta en el acta, se ha podido comprobar en su retransmisión en vídeo. Disponible en: <https://bit.ly/2tS4fpT>

<sup>12</sup> “Los dos concejales expulsados de Ciudadanos por pactar con el PSOE plantan cara a Rivera”, *ElPlural.com*, 6 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/2t3IEeZ>

<sup>13</sup> Acta de la Sesión Ordinaria 10/2019 del Excmo. Ayuntamiento Pleno, celebrada el 25 de octubre de 2019, p. 4. Disponible en: <https://bit.ly/2EYLS4Z>



#### **4.- CUESTIONES PLANTEADAS**

A la vista de los hechos anteriormente expuestos, en el presente Dictamen nos planteamos las siguientes cuestiones:

**PRIMERA.** ¿Resulta conforme a la Constitución Española el artículo 28.4.c) de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias, que impide a los concejales *no adscritos* ostentar la condición de miembros con dedicación exclusiva, así como ser designados para el desempeño de cargos o puestos directivos en las entidades públicas o privadas dependientes de la corporación municipal?

**SEGUNDA.** En caso afirmativo, ¿qué mecanismos procesales existen en nuestro Ordenamiento Jurídico para la anulación de dicho precepto, además de su derogación legislativa, toda vez que la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias, no ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en el plazo correspondiente?

**TERCERA.** ¿Qué consecuencias se derivarían de la resolución de las dos preguntas anteriores si lo aplicamos al caso concreto del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en el que existen dos concejales expulsados de su formación política (suspendida cautelarmente a la espera de sentencia) que ostentan dedicación exclusiva y desempeñan cargos directivos en entidades dependientes de la corporación?



## 5.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS<sup>14</sup>

Una vez hemos determinado los antecedentes de hecho y las cuestiones planteadas en este Dictamen, a continuación, procederemos a desglosar los fundamentos jurídicos de los que nos valemos para la resolución:

### 5.1.- El derecho fundamental de participación en los asuntos públicos: elementos configuradores y doctrina científica

Antes de adentrarnos en la resolución jurídica del conflicto planteado en los antecedentes de hecho, consideramos imprescindible realizar una primera concreción de los elementos esenciales del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, en el que se circunscribe nuestro Dictamen de constitucionalidad, para, posteriormente, comprobar la conformidad del precepto de la Ley de los municipios de Canarias con este derecho fundamental establecido en nuestra Carta Magna.

El artículo 23 de la Constitución Española de 1978 consagra el derecho de la ciudadanía a participar de los asuntos públicos, establecido mediante el siguiente tenor literal:

*“1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.*

*2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.*

Este precepto constitucional, que configura el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, comúnmente considerado bajo el rótulo de *participación política*, no tiene precedente en la historia del constitucionalismo español y fue extraído fundamentalmente de normas supranacionales, como el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, cuyo contenido literal reproducimos a continuación:

---

<sup>14</sup> Para facilitar el abordaje de la temática objeto de estudio, se ha considerado oportuno subdividir en apartados los fundamentos jurídicos en función de la materia sobre la que versen éstos.



*“1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.*

*2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.*

*3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”<sup>15</sup>.*

Tal como se puede comprobar, la redacción de ambos artículos tiene una misma estructura y ello nos hace deducir que el legislador constitucional acudió a esta norma aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas para construir lo que hoy es un derecho fundamental de la ciudadanía de nuestro país consagrado en nuestra Carta Magna. No en vano, el artículo 10.2 de la Constitución Española establece que *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*, lo cual nos hace concluir que, evidentemente, esta Declaración de las Naciones Unidas es un referente normativo de nuestra Constitución Española que no debemos olvidar a la hora de interpretar los preceptos constitucionales.

Pues bien, volviendo al artículo 23 de la Constitución Española, debemos decir que, en su primer apartado, configura un derecho fundamental de contenido cívico-político que faculta a las ciudadanas y ciudadanos de nuestro país a participar en los asuntos públicos, bien de forma directa o indirecta. De hecho, PÉREZ ROYO nos dice que *“es el único derecho exclusivamente ciudadano que existe en la Constitución. Más todavía: es el derecho constitutivo de la ciudadanía”<sup>16</sup>*. Además, el precepto se encuentra ubicado en la Sección primera del Capítulo segundo de la Constitución, por lo que forma parte del bloque de derechos que gozan del máximo nivel de protección y garantías, en tanto que, no solo debe el legislador respetar su contenido esencial, sino que además está dotado de garantías procesales específicas para su protección<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948. Disponible en: <https://bit.ly/35cZRyE>

<sup>16</sup> PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 371

<sup>17</sup> TAJADURA TEJADA, J.: *Los Derechos Fundamentales y sus garantías*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, p. 44



Adentrándonos en el sentido más filosófico de este precepto, en palabras de SANTAMARÍA OSSORIO, el derecho de participación política supone “*la auténtica vertiente subjetivizada de toda la estructura democrática del Estado*”<sup>18</sup>, en tanto que este derecho resulta una legitimación del sistema democrático que redundaría en que la voluntad popular es la base de la autoridad del poder público, tal como precisamente establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La participación ciudadana en los asuntos públicos, en sus diferentes vertientes -directa e indirecta- es, pues, el elemento legitimador del poder político y, por consiguiente, del principio democrático que configura nuestro Estado<sup>19</sup>.

Si hacemos el ejercicio de desgranar el precepto constitucional, nos encontramos con que el legislador constitucional ha dejado indeterminado el concepto de *asuntos públicos*, por lo que no queda claro cuál es el ámbito en el que tiene derecho a participar la ciudadanía. Para ello, debemos acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ya, en primera instancia, nos dice que no podemos entender esta participación en un sentido amplio que abarque cualquier fórmula. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 119/1995, de 17 de julio, en su fundamento jurídico segundo nos dice lo siguiente:

*“La expresión «asuntos públicos» resulta aparentemente vaga y, a primera vista, podría llevar a una interpretación extensiva del ámbito tutelado por el derecho que incluyera cualquier participación en asuntos cuyo interés trascienda el ámbito de lo privado. Esta interpretación literalista de la expresión no es, desde luego, la única posible, y no parece tampoco la más adecuada cuando se examina el precepto en su conjunto y se conecta con otras normas constitucionales”*<sup>20</sup>.

Esta visión restrictiva por parte del Alto Tribunal ha venido a especificar el contenido material de este derecho fundamental, con el establecimiento de una serie de limitaciones, que subrayaremos a continuación:

---

<sup>18</sup> SANTAMARÍA OSSORIO, J.: «El artículo 23», en GARRIDO FALLA, F.: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 2001, p. 512

<sup>19</sup> Artículo 1.1 CE: “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”.

<sup>20</sup> STC 119/1995, de 17 de julio, fundamento jurídico segundo.





- La titularidad subjetiva de este derecho corresponde exclusivamente a los ciudadanos individualmente considerados como personas físicas, con una clara exclusión de las personas jurídicas, pues tal como nos dice ALMAGRO CASTRO estamos ante “*un derecho reconocido exclusivamente a las personas físicas y que por su propia naturaleza no es susceptible de atribución a las personas jurídicas*”<sup>21</sup>, lo cual tiene una relevancia supina para la resolución del supuesto de hecho del presente Dictamen.
- Solo los ciudadanos españoles serán titulares del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, salvo lo establecido en normas supranacionales, atendiendo al criterio de reciprocidad. Esto es, este derecho corresponde al pueblo español<sup>22</sup>.
- Se opta por un modelo estricto de representación basado en la elección libre de representantes en elecciones periódicas y mediante sufragio universal<sup>23</sup> (democracia electiva o representativa), un posicionamiento que ha sido objeto de no pocas críticas por parte de algunos sectores de la doctrina partidarios de una visión extensiva de este derecho<sup>24</sup>, en las que no nos adentraremos porque supondría alejarnos del núcleo central del Dictamen.

Para la concreción constitucional y el desarrollo legal del derecho fundamental reconocido en el artículo 23 de nuestra Carta Magna, tendremos que hacer una obligada referencia al derecho de sufragio -tanto activo, en el derecho de ejercer el voto, como pasivo, en el derecho de resultar elegido representante-, determinado entre otros por los artículos 68, 69 y 140 de la Constitución Española y desarrollado mediante la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General<sup>25</sup>. Eso en cuanto a la participación indirecta, que, como hemos dicho, ha encontrado el mayor desarrollo

---

<sup>21</sup> ALMAGRO CASTRO, D.: *Democracia y participación política en la CE 1978: repensando paradigmas para una democracia avanzada*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 104

<sup>22</sup> Artículo 13.2 CE: “*Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales*”. No profundizaremos más en esta cuestión.

<sup>23</sup> ALMAGRO CASTRO, D.: *ob. cit.*, p. 90. El legislador opta, además, por un sistema de listas electorales cerradas y bloqueadas, en la que los partidos políticos escogen a sus candidatos individuales.

<sup>24</sup> Cf. SANTAMARÍA OSSORIO, J.: *ob. cit.*, pp. 511 y ss.

<sup>25</sup> BOE núm. 147, de 20 de junio de 1985.



normativo por conformar el modelo referente de participación del legislador constitucional, que además abordaremos con mayor detenimiento, pero también se han reconocido las formas de participación directa y semidirecta, por medio de la regulación del derecho a participar en referéndums (Art. 92 CE) y la Iniciativa Legislativa Popular (Art. 87 CE), con desarrollo legal en la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum<sup>26</sup> y la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular, respectivamente<sup>27</sup>.

Pues bien, una vez hemos determinado que la forma preeminente de participación que parece estar en la base del derecho fundamental es la denominada participación electiva o representativa, debemos adentrarnos en la noción de *cargo público representativo*, como bien jurídico protegido por este derecho, que atiende a la finalidad de garantía institucional de la representación<sup>28</sup>. Y esta cuestión gira precisamente en torno al debate de a quién encarga el legislador constitucional el mandato representativo presente en este derecho fundamental: a los partidos políticos o a los representantes individuales.

Para ello, deberemos determinar los elementos configuradores de la *teoría de la representación política*, que han sido claramente delimitados por la doctrina científica y el Tribunal Constitucional, que podemos sintetizar en los siguientes<sup>29</sup>:

- 1) El derecho de acceso a los cargos públicos (Art. 23.2 CE) supone el derecho a permanecer en éste, de conformidad con la legislación vigente.
- 2) La permanencia en un cargo público depende exclusivamente de la voluntad de los electores, a través de su derecho al sufragio activo en elecciones periódicas, y, eventualmente, de los representantes que pueden renunciar por voluntad propia.
- 3) Los partidos políticos no pueden revocar a los cargos representativos.

---

<sup>26</sup> BOE núm. 20, de 23 de enero de 1980.

<sup>27</sup> BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1984.

<sup>28</sup> ALMAGRO CASTRO, D.: *ob. cit.*, p. 123

<sup>29</sup> *Ibidem.*, pp. 125-126. Siguiendo la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en STC 5/1983, de 4 de febrero, fundamento jurídico cuarto.



- 4) Los representantes son de los electores -y no de los partidos- en su conjunto como únicos titulares del derecho de participación política<sup>30</sup>.
- 5) Si bien los partidos políticos cumplen una función esencial en el sistema democrático español<sup>31</sup>, no son titulares del derecho de participación política.

Por tanto, aplicando estos elementos de la teoría citada al supuesto de hecho cuyos antecedentes hemos fijado en apartados anteriores, debemos decir que los concejales Zambudio y Lazcano como titulares exclusivos de su derecho fundamental a la participación política tienen, una vez han accedido al cargo público de concejal en unas elecciones, derecho a permanecer en éste, al menos hasta el próximo proceso electoral, sin que el partido político en cuya candidatura se presentaron a las elecciones, pueda revocarles, ello a pesar de su expulsión disciplinaria (suspendida cautelarmente) de la formación política.

Una vez hemos determinado la noción de *cargo público representativo*, debemos también hacer referencia a las más que razonables críticas que algunos sectores de la doctrina han elaborado respecto a la actuación de los partidos políticos que, en la práctica, pretenden desvirtuar el mandato constitucional expresado en el artículo 23 y 67.2 de la Carta Magna. En este sentido, ALMAGRO CASTRO sentencia que “*la distorsión entre la realidad política y el marco jurídico vigente impide afirmar que la representación política se articule en base a una presunción de voluntades entre representante y representado construida al margen de los partidos*”<sup>32</sup>, con una feroz crítica a los estatutos “*intervencionistas*” de los partidos políticos de los que, según su criterio, no hay ninguno que no contravenga el mandato constitucional. En este sentido, cree que a este problema ha contribuido la configuración de un sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas, que han terminado por quebrar la prohibición de mandato imperativo de los cargos

---

<sup>30</sup> Art. 67.2 CE: “*Los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo*”. Se entiende aquí que habla de cualquier *cargo público representativo*, cuyo mandato debe ser libre, no vinculado, general, nacional y político que se diferencia también así del mandato propio del derecho privado. Cfr. NAVARRO MARCHANTE, V.: “La revocación de senadores de designación autonómica, (la Ley valenciana 10/2016 y la STC 123/2017)”, *Revista de Derecho Público UNED*, nº 101 (123-157), enero-abril 2018, p. 142

<sup>31</sup> Art. 6 CE: “*Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política*”.

<sup>32</sup> ALMAGRO CASTRO, D.: *ob. cit.*, p. 134



públicos representativos, al interponerse los partidos políticos en la elección de representantes por parte del representado<sup>33</sup>.

Ahora que ya hemos establecido las principales notas configuradoras del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, antes de continuar con el análisis del respeto normativo de este derecho en la legislación vigente en general y en la Ley de los municipios de Canarias en particular, resulta obligada una referencia a lo establecido en el artículo 53.1 de la Constitución Española, que establece que “*los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (...)*”. En este sentido, se establece, por un lado, una reserva de ley para la regulación de los derechos y libertades recogidos en la Constitución (que, con respecto al núcleo de los derechos fundamentales se convierte en una reserva de ley orgánica, según el artículo 81.1 CE); y, por otro lado, el imprescindible requisito que debe guiar al legislador ordinario en la regulación de los derechos fundamentales y las libertades públicas: el respeto del contenido esencial de éstos.

Por tanto, existe una limitación clara para el legislador en la regulación de los derechos fundamentales y las libertades públicas que debe respetar en todo caso: el riguroso respeto de su contenido esencial. Con respecto a este asunto, existen diferentes posiciones sobre lo que debe entenderse por *contenido esencial* de los derechos fundamentales, pero el Tribunal Constitucional ha seguido habitualmente una concepción *absoluta*, que consiste en la delimitación de dos partes bien diferenciadas de los derechos, una de las cuales jamás podrá atravesar el legislador por considerarse el núcleo duro e intangible de un derecho determinado; y otra cuyas facultades puede limitar el legislador en su configuración. Para ello, el Alto Tribunal ha establecido los criterios de *recognoscibilidad* del derecho y el de los intereses jurídicamente protegidos, que se deben aplicar de forma complementaria para la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales<sup>34</sup>. En los próximos apartados, veremos cómo se ha determinado el contenido esencial del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, a

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 133-145. Este asunto podría ser objeto de una interesante investigación sobre si la disciplina de partido vulnera lo establecido en el artículo 67.2 CE.

<sup>34</sup> TAJADURA TEJADA, J.: *ob. cit.*, pp. 92-94



través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, poniendo especialmente énfasis en el núcleo intangible de este derecho que jamás podrá quebrarse por parte del legislador en la regulación normativa del citado derecho fundamental.

Pues bien, siguiendo el esquema dialéctico que hemos estructurado en este apartado, podemos decir que ya hemos establecido los elementos configuradores básicos del derecho de participación política, establecido en el artículo 23 de la Constitución Española, junto con una noción básica del cargo público representativo y las garantías de respeto normativo que respecto a este y otros derechos fundamentales establece nuestra Carta Magna. A continuación, para proseguir con la resolución del presente Dictamen, corresponde analizar la casuística de legislaciones que han introducido posibles regulaciones restrictivas del mandato representativo de los cargos públicos, precisamente por la interposición mencionada de los partidos políticos entre la ciudadanía y los representantes legítimos de ésta.

## **5.2.- La regulación del artículo 28 de la Ley de los municipios de Canarias: los concejales *no adscritos* y la limitación legal de sus derechos**

En este apartado, vamos a adentrarnos en el artículo sobre el que depende el Dictamen de constitucionalidad que estamos desarrollando en el presente trabajo, para determinar si éste es conforme a los elementos esenciales del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, cuyos elementos esenciales ya desarrollamos en el apartado anterior. El artículo 28 de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias<sup>35</sup>, establece literalmente lo siguiente<sup>36</sup>:

*“1. Tendrán la consideración de Concejales no adscritos los que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos y los que abandonen su grupo de procedencia.*

*También tendrán la consideración de no adscritos los que sean **expulsados de la formación política que presentó la correspondiente candidatura.***

---

<sup>35</sup> BOC núm. 70, de 14 de abril de 2015.

<sup>36</sup> Se transcribe literalmente por la importancia de su contenido completo, aunque nos centraremos en la letra c) del apartado cuarto.



*Estas previsiones no serán de aplicación en el caso de candidaturas presentadas como coalición electoral, cuando alguno de los partidos políticos que la integren decida abandonarla.*

*Asimismo, ostentarán la condición de miembros no adscritos los Concejales que hayan concurrido a las elecciones en una agrupación, partido, federación o coalición política que haya sido declarada ilegal por sentencia judicial firme.*

*2. Cuando la mayoría de los miembros de un grupo político municipal abandonen la formación política que presentó la candidatura por la que concurrieron a las elecciones o sean expulsados de la misma, serán los Concejales que permanezcan en la citada formación política los legítimos integrantes de dicho grupo político a todos los efectos, debiendo subsistir el mismo con independencia del número de miembros que lo integren.*

*En cualquier caso, la persona titular de la Secretaría de la corporación podrá dirigirse al representante legal de la formación política que presentó la correspondiente candidatura a efectos de que notifique la acreditación de las circunstancias señaladas.*

*3. Los miembros no adscritos **tendrán los derechos políticos y económicos que individualmente les correspondan como Concejales**, pero no los derivados con carácter exclusivo de su pertenencia a un grupo político, sin que en ningún caso puedan ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia y se ejercerán en la forma que disponga el reglamento orgánico.*

*4. El reglamento orgánico de la corporación establecerá los derechos de los Concejales no adscritos, debiendo respetar las siguientes normas:*

*a) Podrán participar con plenitud de derechos en las Comisiones informativas municipales, conforme al procedimiento que establezca el reglamento orgánico y respetándose el principio de proporcionalidad.*

*b) En cuanto a las asignaciones, medios económicos y materiales que se conceden a los grupos políticos, no serán de aplicación a los Concejales no adscritos, a los que tampoco podrán asignarse otras ventajas económicas y materiales por razón de tal condición.*

*c) **No podrán ostentar la condición de miembros con dedicación exclusiva ni parcial, ni ser designados para el desempeño de cargos o puestos directivos en las entidades públicas o privadas dependientes de la corporación**”.*



### 5.2.1.- El concepto de concejal *no adscrito*

Para analizar este precepto, debemos hacer una primera mención a lo que supone el concepto de concejal *no adscrito*, figura que rotula el precepto reproducido anteriormente. En este sentido, el artículo 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, establece lo siguiente: “*A efectos de su actuación corporativa, los miembros de las corporaciones locales se constituirán en grupos políticos, en la forma y con los derechos y las obligaciones que se establezcan con excepción de aquéllos que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos*”. Pues bien, parece claro que el artículo 28.1 de la Ley de los municipios de Canarias toma como referencia este precepto de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local para definir el término de concejales *no adscritos* a los que se les aplicará la regulación contenida en esta norma territorial.

En efecto, la sistematización de causas por las que un concejal electo puede convertirse en *no adscrito* pasa, en primer lugar, por el abandono voluntario del grupo político de la formación electoral por la que resultaron elegidos<sup>37</sup>; o, en segundo lugar, de forma genérica, que por cualesquiera otras causas, no se integren en éste, entre las que podemos encontrar, por ejemplo, la expulsión disciplinaria del partido político que presentó su candidatura o la disolución e ilegalización de éste<sup>38</sup>. Efectivamente, la Ley de los municipios de Canarias da un paso más allá de la Ley de Bases y sistematiza concretamente las diversas causas por las que un concejal electo pasaría a ser *no adscrito*, para luego regular las bases de su estatuto jurídico en las Corporaciones municipales canarias.

A este respecto, nos centraremos a continuación en la causa de expulsión del partido político con que un cargo público se presentó a las elecciones locales y fue elegido, para ubicarnos en el contexto de los antecedentes de hecho previamente sintetizados que motivan este Dictamen. Así, la doctrina ha expresado que, para que

---

<sup>37</sup> No debemos confundirlo con el simple abandono del partido político, sino que lo que se debe abandonar es el grupo municipal que ha constituido dicha formación.

<sup>38</sup> STSJ Comunidad de Madrid de 15 de marzo de 2007



pueda obligarse al concejal disidente a ser *no adscrito*, debe ser expedientado y expulsado de su partido político<sup>39</sup>, pero que esa decisión propia del ámbito interno de un partido político “*en modo alguno, afectan a su derecho a ejercer su cargo de acuerdo con el art. 23 CE y al no aparecer menoscabadas, con independencia de que el concejal quede o no integrado en un grupo ese derecho prevalece y debe ser, en todo caso, respetado*”<sup>40</sup>.

En cuanto a las formalidades previstas por la legislación para la expulsión de este concejal del partido político, considerada en todo caso una decisión de naturaleza civil y no administrativa, se establece que debe acordarse en el procedimiento establecido estatutariamente y ser motivada, lo cual es un elemento propio del funcionamiento democrático que deben tener los partidos<sup>41</sup>, aunque es evidente que en este ámbito disponen de una amplia discrecionalidad material, propia de la casuística por la que se puede expulsar a un cargo público del partido con el que concurrió a las elecciones. Con respecto a la fecha de efectos, dependerá de lo establecido en el Reglamento Orgánico Municipal, aunque normalmente tiene lugar cuando se produzca la comunicación efectiva por escrito de dicha expulsión por registro de entrada en el Ayuntamiento, de la que debe darse cuenta en el Pleno<sup>42</sup>.

### 5.2.2.- Derechos de los concejales *no adscritos*

Como ya hemos comentado, la falta de pertenencia de un concejal al grupo municipal que constituyó el partido político con el que concurrió a las elecciones, no es óbice para la garantía plena de respeto que debe existir con respecto a su derecho fundamental de participación política, consagrado en el artículo 23 de la Constitución Española. Sin embargo, el apartado tercero del artículo 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, establece lo siguiente:

---

<sup>39</sup> CUERDA MÁS, J.: “Régimen Jurídico de los concejales no adscritos”, *Revista del Centro de Estudios Municipales y Cooperación Internacional*, número 9 (7-31), octubre-noviembre 2010, pp. 8-9.

<sup>40</sup> CUERDA MÁS, J.: *ob. cit.*, p.10. La negrita es nuestra.

<sup>41</sup> Art. 6 CE: “*Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos*”. Cfr. Art. 3.2.s) Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, que exige que los estatutos de los partidos tengan un régimen de infracciones y sanciones que “*deberá instruirse de forma contradictoria y en el que deberá garantizarse el derecho del afiliado a ser informado de los hechos que dan lugar a su incoación, a ser oído con carácter previo a la imposición de sanciones y a que el eventual acuerdo sancionatorio sea motivado*”.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pp. 11-12. Así sucedió en el caso del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, mediando incluso un requerimiento de subsanación por parte del Secretario del Pleno para que se acreditara el cumplimiento de los requisitos formales de la expulsión de dichos concejales en el seno del partido.





“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”.

Este apartado del precepto, incluido prácticamente de forma literal en el artículo 28.3 de la Ley de los municipios de Canarias, resulta clave a la hora de analizar la constitucionalidad del artículo 28.4.c) de la citada norma territorial, pues parece dejar entrever que el concejal que adquiere la condición de *no adscrito* por dejar de pertenecer al grupo político del partido con el que obtuvo el acta, tiene un impedimento para ostentar derechos superiores a los que les correspondían antes de serlo. Así, la doctrina ha establecido algunos ejemplos para clarificar este supuesto, citando el caso de un concejal de la oposición que es expulsado de su grupo político por participar en una moción de censura desoyendo las directrices de éste y automáticamente pasa a formar parte del gobierno municipal, a ostentar dedicación exclusiva, con una retribución por el puesto desempeñado y a integrarse en el consejo de administración de algunas sociedades mercantiles municipales. Atendiendo al precepto citado esta conducta no sería conforme a la legislación vigente, aunque en el siguiente apartado analizaremos lo que ha dicho al respecto el Tribunal Constitucional.

En cualquiera de los casos, los antecedentes de hecho a los que nos referimos en este Dictamen no serían subsumibles en lo establecido en el apartado tercero del artículo 73.3 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local -o, lo que es lo mismo, del artículo 28.3 de la Ley de los municipios de Canarias-, pues Zambudio y Lazcano fueron expulsados del partido político con el que concurrieron a las elecciones -por apoyar en la sesión constitutiva a una candidata, contraviniendo presuntamente las directrices del partido- el día 5 de septiembre de 2019, debiendo pasar a ser *no adscritos*, una vez ya se había constituido el grupo mixto del que formaban parte, además de ostentar la dedicación exclusiva y los cargos directivos de las entidades dependientes de la corporación municipal, fruto de un acuerdo plenario de 5 de julio de 2019<sup>43</sup>. Así pues, ambos concejales, tras la adquisición de la condición de *no adscritos*, no ostentarían derechos

---

<sup>43</sup> Acta de la Sesión Ordinaria 5/2019 del Excmo. Ayuntamiento Pleno, celebrada el 5 de julio de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/2EUrMJ8>. Resulta evidente, de la lectura del acta, que los concejales citados no tenían la consideración de *no adscritos*, sino que formaban parte del Grupo Mixto constituido en dicha sesión plenaria, en la que también se acuerda el régimen de dedicación exclusiva y los cargos directivos de las entidades dependientes de la Corporación municipal.



superiores a los que les hubiera correspondido de permanecer en el grupo mixto, sino exactamente los mismos, por lo que, en principio, no se vulneraría con sus actuales derechos estos preceptos legales.

Otra cuestión es lo establecido en el artículo 28.4 de la Ley de los municipios de Canarias que, indicando que el Reglamento Orgánico de la corporación debe regular los derechos de los concejales *no adscritos*, somete dicha regulación a una serie de normas que, en todo caso, deben cumplir los municipios, que nos deja entrever los derechos que tendrán o no los concejales *no adscritos*. En primer lugar, se nos dice que podrán participar con plenitud de derechos en las comisiones informativas, fruto como veremos, de la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional. En segundo lugar, establece que no serán de aplicación a los concejales *no adscritos* los derechos económicos y materiales que corresponden a los grupos municipales, una cuestión obvia si tomamos conciencia de que los concejales *no adscritos* no conforman ningún grupo municipal, que se complementa con que no podrán tener asignadas otras ventajas económicas por razón de tal condición, es decir, por el hecho de ser *no adscritos*.

Hasta aquí podríamos decir que, en principio, la Ley de los municipios de Canarias se ajusta a lo que la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han consagrado respecto del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos. Sin embargo, el tercer apartado del artículo 28.4 establece una cuestión de cuya constitucionalidad dudamos seriamente, una opinión que es compartida por más operadores jurídicos, como veremos más adelante. Pues bien, en el catálogo de derechos que puede regular el Reglamento Orgánico de las corporaciones, se impide de forma taxativa a los concejales *no adscritos* lo siguiente:

- *Ostentar la condición de miembros con dedicación exclusiva ni parcial;*
- *Ser designados para el desempeño de cargos o puestos directivos en las entidades públicas o privadas dependientes de la corporación.*

Por tanto, en esta norma se les retira directamente a los concejales *no adscritos* el derecho a poder ser titulares de una dedicación exclusiva o parcial o ser un cargo directivo de las entidades de la corporación, mediante un acuerdo del Pleno, ello sin tan siquiera ponerlo en conexión con los derechos que podía ostentar antes de ser *no adscritos*. Y es



que la limitación de estos derechos no está vinculada, pues, a la pertenencia o no a un grupo municipal como si lo están los apartados dos y tres, sino que, por el mero hecho de ser *no adscritos*, tienen vetada esta posibilidad, lo cual nos hace dudar seriamente de su contradicción con lo establecido en el artículo 23 de la Constitución Española.

Las consecuencias prácticas de la aplicación de esta norma al caso de Zambudio y Lazcano enunciado en los antecedentes de hecho es que, una vez haya tenido constancia el Pleno de la expulsión de ambos del partido político en cuya candidatura concurren a las elecciones locales, tras los correspondientes trámites administrativos, deberían abandonar el grupo mixto para convertirse en *no adscritos* y perderían así el derecho a ostentar la dedicación exclusiva que ambos ostentan y también a ser cargos directivos de entidades dependientes de la corporación, por lo que se daría la paradoja de que podrían seguir ostentando delegaciones de áreas del gobierno municipal, pero sin tener derecho a una retribución exclusiva, ni tan siquiera parcial, por ser titulares de dichas responsabilidades<sup>44</sup>.

Debemos decir, en cualquier caso, que el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife no ha regulado un catálogo de derechos de los concejales *no adscritos*, pues el Reglamento Orgánico del Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife<sup>45</sup> no se contiene ninguna norma al respecto y solo se menciona a dichos concejales para regular el máximo de su intervención en el Debate sobre el Estado del Municipio. Esto puede tener que ver con la fecha de la que data el Reglamento, pues fue publicado en el año 2006, mientras que la Ley de los municipios de Canarias fue aprobada en 2015. Dicho esto, la norma resultaría plenamente aplicable a las actuaciones de los municipios de Canarias y, aunque el Reglamento Orgánico Municipal no haya regulado dichos derechos, debe cumplir la norma con rango de ley que establece las limitaciones antes citadas.

En este punto, consideramos imprescindible hacer un inciso respecto de una cuestión que aún no hemos mencionado. La Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios

---

<sup>44</sup> Como ya dijimos en los antecedentes de hecho, no se ha llegado a este extremo en el Ayuntamiento de Santa Cruz, fruto de la decisión del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santa Cruz de Tenerife de suspender cautelarmente su expulsión del partido político CIUDADANOS. Pero si finalmente el asunto se resolviera en el sentido de avalar la legalidad de la expulsión, en virtud del artículo 28.4.c) de la Ley de municipios de Canarias este sería el destino más posible.

<sup>45</sup> BOP Santa Cruz de Tenerife núm. 9, del 18 de enero de 2006.



de Canarias fue elaborada, aprobada y publicada prácticamente de forma simultánea a la Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares<sup>46</sup>. Pues bien, nos hemos percatado de que ambas normas regulan la condición de *no adscritos* de sus cargos públicos representativos; de hecho, en el caso de esta última, el artículo 88 sigue una estructura prácticamente idéntica a la del artículo 28 de la Ley de los municipios de Canarias. Sin embargo, en el último apartado encontramos dos diferencias notables: por un lado, en el apartado b) se les niega a los consejeros *no adscritos* el derecho a participar en la junta de portavoces, una cuestión que ha sido respaldada anteriormente por el Tribunal Constitucional, para el caso de los concejales *no adscritos*<sup>47</sup>. Por otro lado, y esto es más importante, el apartado d) del citado artículo 88 establece lo siguiente: ***“Una vez que ostenten dicha consideración, no podrán obtener el reconocimiento de dedicación exclusiva o parcial al cabildo insular, ni ser designado para el desempeño de cargos o puestos directivos en las entidades publicas o privadas dependientes del cabildo insular”***<sup>48</sup>. La cuestión es que ese inciso temporal (“una vez que ostenten dicha consideración”) no figura en la Ley de los municipios de Canarias -desconocemos el motivo, si es que existe- y esto lo cambia todo, pues con esta redacción literal los concejales Zambudio y Lazcano podrían seguir siendo titulares de estos derechos a pesar de su expulsión, porque ya lo eran antes de ostentar la consideración de *no adscritos*.

Este último aspecto ha sido la clave para que, en un supuesto similar sucedido casualmente de forma simultánea en el Cabildo de Tenerife con dos consejeros de CIUDADANOS expulsados por un motivo idéntico a los concejales del Ayuntamiento de Santa Cruz, las consecuencias fueran bien distintas. Según un informe evacuado por la Secretaría General del Pleno insular ambos consejeros pueden seguir ostentando dedicación exclusiva y ocupar puestos directivos en las entidades dependientes del Cabildo, precisamente porque *“si ya estaban nombrados como miembros del gobierno con derecho a retribución, antes de ser no adscritos, lo pueden mantener, porque eso no deriva de su pertenencia al grupo Mixto: es un derecho individual que depende del nombramiento voluntario del presidente”*<sup>49</sup>. En sentido opuesto, el Secretario General del Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en el supuesto de hecho que

---

<sup>46</sup> BOC núm. 70, de 14 de abril de 2015

<sup>47</sup> STC 169/2009, de 9 de julio, fundamento jurídico séptimo

<sup>48</sup> La negrita es nuestra.

<sup>49</sup> “Los consejeros expulsados de Cs mantendrán sus cargos en el Cabildo”, *El Día*, 18 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/2MTfWDJ>. Hemos intentado, sin éxito, conseguir este informe.



estudiamos en este Dictamen, reiteramos, prácticamente idéntico al del Cabildo, llega a la conclusión de que los concejales no podrán tener dedicación exclusiva, ni desempeñar cargos o puestos directivos en las entidades públicas o privadas dependientes de la corporación<sup>50</sup>.

La cuestión que corresponde determinar en las próximas líneas y apartados es, a la vista de la doctrina marcada por el Tribunal Constitucional, si el artículo 28.4.c) de la Ley de los municipios de Canarias vulnera los elementos esenciales del derecho fundamental de participación de la ciudadanía en los asuntos públicos, determinado en el artículo 23 de la Constitución Española, por cuanto impide a cargos públicos representativos la posibilidad de ser titulares de derechos que les corresponderían individualmente si no tuvieran la condición de *no adscritos* y que van ligadas, no al grupo municipal al que pertenecían antes, sino a su propia condición de representantes políticos de la ciudadanía de un municipio determinado.

Para concluir este punto, antes de adentrarnos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que guarda relación con los antecedentes de hecho mencionados al inicio de este Dictamen, consideramos relevante hacer una síntesis de los derechos que forman parte del estatuto jurídico del concejal *no adscrito*, que pasaremos a mencionar a continuación y analizaremos en profundidad en el siguiente apartado<sup>51</sup>:

#### **A) DERECHOS DE CONTENIDO POLÍTICO:**

- Derecho a asistir y participar con plenos derechos en las comisiones informativas y otros órganos complementarios.
- No tienen derecho a asistir a la Junta de Portavoces, pues tiene un carácter deliberante y en sus sesiones no pueden adoptarse acuerdos ni resoluciones con fuerza de obligar a terceros.
- Derecho a asistir y participar en el Pleno, con intervenciones fijadas de forma proporcional a lo previsto para los grupos políticos.

---

<sup>50</sup> “El secretario concluye que Lazcano y Zambudio no podrán tener sueldo”, *El Día*, 23 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/358Ahea>. Hemos intentado, sin éxito, conseguir este informe.

<sup>51</sup> CUERDA MÁS, J.: *ob. cit.*, pp. 15 y ss.



- Derecho a resultar elegido alcalde o alcaldesa, si hubiere sido el cabeza de lista o el siguiente, aunque hay un sector de la doctrina que considera que no, porque al abandonar el partido político en el que estaba pierde su privilegio como cabeza de lista en las últimas elecciones<sup>52</sup>.
- Derecho a participar con plena igualdad en la votación de mociones de censura, sin necesidad de contar con un quórum reforzado.

#### **B) DERECHOS DE CONTENIDO MATERIAL O ECONÓMICO:**

- Solo pueden tener los derechos reconocidos a todos los concejales individualmente.
- Pierde todos aquellos derechos propios del grupo municipal al que pertenecía: posible atribución de despacho, teléfono, secretarios, asesores, teléfono, dirección de correo electrónico, etc.
- Según algunas normativas autonómicas, como la canaria<sup>53</sup>, se pierde la posibilidad de tener reconocida dedicación exclusiva o ser designado para un puesto directivo de una entidad dependiente de la corporación.

#### **C) DERECHOS CON CARÁCTER GENERAL:**

- No podrá tener derechos económicos y políticos *superiores* a los que les correspondería de permanecer en el grupo político al que ha dejado de pertenecer, con la adquisición de la condición de *no adscrito*.

---

<sup>52</sup> CUERDA MÁS, J.: *ob. cit.*, p. 21. Siguiendo la doctrina fijada por STC 185/1993, de 31 de mayo, fundamento jurídico quinto.

<sup>53</sup> En un sentido similar nos encontramos con el artículo 111.6 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón (BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999) o el artículo 122.6 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Administración Local de la Rioja (BOE núm. 71, de 24 de marzo de 2003), que exponen: “*El miembro de la Corporación que deje de pertenecer a su grupo de origen perderá el puesto que ocupara en las comisiones para las que hubiera sido designado por dicho grupo, así como la posibilidad de tener reconocida dedicación exclusiva*”. Parece claro que lo que resolvamos en este Dictamen también tiene relación con la determinación de la constitucionalidad o no de estos preceptos de otras normativas autonómicas.



### **5.3.- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos**

Para poder dar una respuesta jurídica al conflicto que se plantea en el presente Dictamen, deberemos estudiar con detenimiento lo que el Tribunal Constitucional, en tanto que supremo intérprete de la Constitución Española<sup>54</sup>, ha fijado como doctrina respecto del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos (Art. 23 CE), más concretamente sobre el estatuto jurídico de los cargos públicos representativos que pasan a ser *no adscritos*, por dejar de pertenecer al grupo municipal del partido con el que concurrieron a las elecciones en que resultaron electos. Si bien hasta ahora hemos abordado los elementos esenciales que, sobre esta cuestión, ha puesto de manifiesto la doctrina científica, corresponde en este momento fijarse en lo que ha dictaminado el Alto Tribunal en cuestiones similares, para fijar un posicionamiento que resuelva la situación de hecho que se está produciendo con la Ley de los municipios de Canarias. Para ello, lo abordaremos en diferentes subapartados en función del asunto tratado por las sentencias del Tribunal Constitucional:

#### **5.3.1.- Cesación del cargo de concejal por la expulsión de su partido político**

Una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional que se pronuncian sobre el asunto que estamos desarrollando en el presente Dictamen, se debía a lo establecido en el artículo 11.7 de la Ley 39/1978, de 17 de julio, de elecciones locales (hoy derogada):

*“Tratándose de listas que representen a Partidos Políticos, Federaciones o Coaliciones de Partidos, si alguno de los candidatos electos dejare de pertenecer al Partido que le presentó, cesará en su cargo y la vacante será atribuida en la forma establecida en el número anterior. El que así accediere ocupará el puesto por el tiempo que restare de mandato”.*

La interpretación literal de este precepto suponía aceptar que la representación era titularidad de los partidos políticos que presentaban las candidaturas y no de los cargos

---

<sup>54</sup> Art. 1.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979)



públicos que resultaban electos por la ciudadanía, obligando de esta forma a cesar en el cargo si por cualquier motivo dejara de pertenecer a aquel. Una anomalía que chocaba frontalmente con los elementos esenciales del derecho fundamental de participación ciudadana en los asuntos públicos, establecido en el artículo 23 de la Constitución Española; un derecho que, como ya se ha dicho, es de titularidad individual y corresponde al representante, junto con un derecho de permanencia en el cargo una vez es elegido.

Esta cuestión llegó al Tribunal Constitucional de la mano de la expulsión de algunos cargos públicos pertenecientes al PARTIDO COMUNISTA DE ESPAÑA (PCE), que eran concejales del Ayuntamiento de Madrid, que inmediatamente fueron cesados de sus cargos por la Junta Electoral de Zona de Madrid en aplicación del artículo 11.7 de la Ley de elecciones locales, ante lo cual los afectados interpusieron recurso de alzada que fue resuelto en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 10/1983, de 21 de febrero, en la que se pretenden marcar las notas esenciales del concepto de representación política en tanto que elemento nuclear del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos.

La Sentencia en un primer momento hace un análisis general sobre lo establecido en el artículo 23 de la Constitución Española, expresando lo siguiente:

*“El derecho que la Constitución (art. 23.1) garantiza a todos los ciudadanos de participar en los asuntos públicos mediante representantes libremente elegidos es un derecho que corresponde a cada ciudadano y que puede ser vulnerado por actos que sólo afecten a cada uno de éstos en particular. La vulneración que resulta del hecho de privar al representante de su función les afecta, sin embargo, a todos simultáneamente, y es también una vulneración del derecho del representante a ejercer la función que le es propia, derecho sin el cual se vería vaciado de contenido el de los representados”<sup>55</sup>.*

Y al analizar el contenido de la norma cuya inconstitucionalidad se pretende declarar, esto es, del artículo 11.7 de la Ley de elecciones locales, sentencia de forma taxativa lo siguiente:

---

<sup>55</sup> STC 10/1983, de 21 de febrero, fundamento jurídico segundo





*“Al otorgar al partido la facultad de privar al representante de su condición cuando lo expulsa de su propio seno, como en el presente caso ocurre, el precepto **infringe sin embargo, de manera absolutamente frontal, el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de representantes**. Una vez elegidos, los representantes no lo son de quienes los votaron, sino de todo el cuerpo electoral, y titulares, por tanto, de una función pública a la que no pueden poner término decisiones de entidades que no son órganos del Estado, en el sentido más amplio del término. Pero aunque se entendiera, violentando el ordenamiento, que representaban sólo la voluntad de sus propios electores y que éstos quisieron otorgar su representación a todos y cada uno de los integrantes de la lista propuesta, de tal modo que la sustitución operaría siempre en favor de personas a quien también los votantes de la lista desearon conceder su representación, seguiría siendo cierto que ésta implica la necesidad de que fueran personas concretas las elegidas y que lo fueron para el desempeño de una función que exige que la libre voluntad del representante y por ende su permanencia en el cargo no quede subordinada a ningún poder que no emane también de la voluntad popular”<sup>56</sup>.*

A la vista de lo expuesto, el Tribunal Constitucional procedió a anular el acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Madrid en virtud del cual se cesaba a los concejales de su cargo por la expulsión de su partido, y, aunque considera que el artículo 11.7 de la Ley de elecciones locales resulta manifiestamente inconstitucional -al contrario de lo que opinan los magistrados que emiten un voto particular-, no se pronuncia sobre ello, porque se trata de una norma preconstitucional que puede ser inaplicable por cualquiera de los tribunales, entendiéndola pues derogada por su oposición frontal a la Constitución Española de 1978. El contenido de la Sentencia ha sido objeto de multitud de aclaraciones posteriores para la fijación concreta de algunos de los planteamientos indicados por el Alto Tribunal en ésta<sup>57</sup>.

Lo expuesto hasta ahora puede no tener relación directa con los antecedentes de hecho que se enuncian en este Dictamen, pero resulta fundamental para conocer uno de los elementos esenciales de la noción de *cargo público representativo* que, siguiendo las notas esenciales del derecho fundamental de participar en los asuntos públicos, supone un derecho de permanencia en el cargo independientemente de las decisiones que tomara el partido político con el que concurrió a las elecciones, que no es el titular del mandato

---

<sup>56</sup> STC 10/1983, de 21 de febrero, fundamento jurídico cuarto. La negrita es nuestra.

<sup>57</sup> Cfr. ALMAGRO CASTRO, D.: *ob. cit.*, pp. 126-128



representativo que los electores han hecho recaer exclusivamente en sus legítimos representantes elegidos mediante sufragio universal, exclusivos titulares del derecho fundamental del artículo 23 de la Constitución Española.

### 5.3.2.- Sobre el derecho a participar y votar en las comisiones informativas del ayuntamiento

Lo que nos ocupa en el presente subapartado trae causa de algunas decisiones institucionales que, ante la existencia de concejales *no adscritos* en la corporación, les impedían el derecho a participar plenamente en las comisiones informativas, esto es, les permitía asistir a dichos órganos con voz, pero sin voto, una cuestión que fue objeto de diversos recursos de amparo que obligaron a pronunciarse en sendas ocasiones al Tribunal Constitucional, entre las cuales destacaremos las más relevantes.

En el primero de los supuestos que vamos a abordar, tres diputados provinciales del PSPV-PSOE, fueron expulsados de sus partidos y, mediante un acuerdo del Pleno de la Diputación Provincial, obligados a abandonar el grupo mixto, para pasar a ser *no adscritos*, con la pérdida de su derecho a participar en la Junta de Portavoces, tener dedicación exclusiva y participar con voto en las comisiones informativas, de las que solo podían participar con voz, ante lo cual, tras agotar la vía judicial previa, se presenta un recurso de amparo resuelto en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 169/2009, de 9 de julio.

Con respecto a las dos primeras cuestiones, el Tribunal Constitucional considera que no se ha vulnerado su derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, fundamentalmente porque la privación de los derechos de participar en la Junta de Portavoces (órgano que no ejerce competencias decisorias de ninguna clase, ni resulta determinante para el control o la obtención de información para el ejercicio del cargo representativo) y el de ostentar dedicación exclusiva (por el mero hecho de ser portavoz del grupo mixto), por cuanto se tratan de consecuencias derivadas de la falta de pertenencia al grupo municipal que da cabida a ambos derechos, pasando a ostentar la condición de *no adscritos*, no contraviene lo establecido en la Carta Magna.



No obstante, con respecto a la participación de los cargos *no adscritos* en las comisiones informativas, que, como ya dijimos, se les permitía asistir con voz, pero sin voto, el Tribunal Constitucional es claro a la hora de determinar lo siguiente:

*“A la vista de la relevancia de los dictámenes o informes adoptados en su seno de cara al ejercicio de la función de control así como a la formación de la voluntad de la corporación a través del Pleno, ha de concluirse que la decisión de permitir a los concejales no adscritos la asistencia y la participación en las deliberaciones, pero no el derecho a votar en las comisiones informativas, entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno, e incide por ello en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de diputado provincial, lo que determina que se haya producido la lesión de los derechos contenidos en el art. 23.2 CE alegada por los recurrentes”<sup>58</sup>.*

Y continúa la Sentencia haciendo alusión a una cuestión que consideramos fundamental, respecto de la interpretación del artículo 73.3 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, por cuanto considera que este precepto ampara las decisiones de privación a los cargos *no adscritos* de aquellas facultades o beneficios que se derivan de su mera pertenencia al grupo, pero **“no habilita a la corporación para privar a los diputados provinciales a los que se considere como no adscritos de los derechos de ejercicio individual que les correspondan en virtud de su condición de representantes políticos, tal y como ocurre con derecho a votar en el Pleno y en las divisiones de éste que en su caso se constituyan”<sup>59</sup>**. A la vista de lo expuesto, el Tribunal procede a anular el acuerdo del Pleno, entendiendo que se ha vulnerado su derecho a la participación política en condiciones de igualdad.

Pero no bastó esta Sentencia para frenar los intentos de algunas instituciones de vulnerar este derecho fundamental a los cargos públicos representativos, pues en apenas dos años se sucede un caso muy similar en el que dos concejales del Ayuntamiento de Majadahonda son expulsados del PP y pasan a tener la consideración de *no adscritos*, sin posibilidad de conformar el grupo mixto, pudiendo participar en las comisiones

---

<sup>58</sup> STC 169/2009, de 9 de julio, fundamento jurídico cuarto. Para resolver tiene muy en cuenta el criterio fijado en la STC 32/1985, de 6 de marzo.

<sup>59</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico quinto. La negrita es nuestra.



informativas con voz pero, de nuevo, sin derecho a voto, por lo que los concejales acuden sin éxito a la vía judicial, procediendo a interponer un recurso de amparo que se resuelve en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 20/2011, de 14 de marzo, que amplía lo expuesto en la analizada anteriormente.

Con respecto al extremo de su participación con plenos derechos en las comisiones informativas, el Tribunal Constitucional insiste en las consideraciones expuestas en la STC 169/2009, de 9 de julio, haciendo referencia a esta sentencia para la resolución del supuesto de hecho como una evidente vulneración del derecho fundamental de participación política en condiciones de igualdad -de la que, además, no puede restaurarse a los afectados porque había terminado el mandato-, aunque nos gustaría hacer hincapié en uno de los planteamientos que hace el Alto Tribunal respecto del impedimento de formar parte del grupo mixto:

*“Entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación municipal se encuentran la de participar en la actividad de control del gobierno municipal, la de participar en las deliberaciones del Pleno de la corporación y 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 funciones. Ninguna de estas facultades se ve necesariamente comprometida como consecuencia de la imposibilidad de constituirse en grupo mixto o de integrarse en algún otro grupo político”<sup>60</sup>.*

Por tanto, parece quedar claro que el hecho de que algunos concejales pasen a ostentar la condición de *no adscritos*, sin formar parte de ninguno de los grupos políticos, no implica que estos concejales pierdan su derecho a participar con plena igualdad -aunque ello no significa que su voto cuente exactamente igual que el del resto de miembros de la corporación- en las comisiones informativas, por cuanto ello forma parte del núcleo inherente a la función representativa que corresponde a los miembros de la corporación municipal.

---

<sup>60</sup> STC 20/2011, de 14 de marzo, fundamento jurídico cuarto



### 5.3.3.- Sobre los derechos económicos y políticos de los concejales *no adscritos*

En este apartado vamos a analizar una cuestión de inconstitucionalidad que presentó el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Alicante, en la que se planteaba si el ya analizado artículo 73.3 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local vulneraba lo previsto en la Constitución Española. Este proceso fue fruto de una cuestión acontecida en el Ayuntamiento de Benidorm, por una petición de la Generalitat Valenciana no satisfecha por el Consistorio, para que *“procediera a la disolución del Grupo municipal Socialista así como a la anulación de todos los derechos políticos y económicos de los miembros no adscritos”*.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional número 30/2012, de 1 de marzo, se desestima la cuestión de inconstitucionalidad, haciendo hincapié en lo ya resuelto por la STC 9/2012, de 18 de enero, que reproducimos a continuación:

*“A la luz de esta doctrina, debemos rechazar la inconstitucionalidad del tercer párrafo del art. 73.3 LBRL, propugnada en el Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad. En efecto, definido en los términos ya señalados el sentido del precepto legal cuestionado, es claro que la garantía que proporciona el art. 23.2 CE no se ve vulnerada en un supuesto como el planteado por el órgano judicial promotor de esta cuestión de inconstitucionalidad. El órgano judicial considera que el precepto cuestionado vulnera el art. 23 CE, en la medida en que impide al representante no adscrito ser elegido, por el Alcalde de la corporación, miembro de la Junta o comisión de gobierno y Teniente de Alcalde, cuando el resto de concejales de la corporación pueden optar a dichos cargos. Como señala el Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones, los aspectos a los que se refiere concretamente el Auto de planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad—pertenencia a la Junta o comisión de gobierno y designación como Teniente de Alcalde— no están incluidos 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 de régimen local (arts. 23.1 y 125.1).*



*Por cuanto antecede, hemos de concluir que el nombramiento para cargos relacionados con el gobierno y la administración del municipio no se integra en el núcleo esencial de las funciones representativas del concejal. Se trata de ámbitos ajenos al ejercicio de la función representativa atribuida al mismo, lo que determina que el art. 23 CE no se vea aquí vulnerado”<sup>61</sup>.*

El Tribunal Constitucional ha avalado en múltiples ocasiones lo establecido en el artículo 73.3 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, que se reproduce en el artículo 28.3 de la Ley de los municipios de Canarias, que impide la adquisición de los concejales *no adscritos* de derechos superiores a los que les correspondían al pertenecer al grupo municipal que ya no integran. Y, concretamente en esta sentencia, entiende que no existe una vulneración del derecho fundamental de participación política en aquellas decisiones que no impidan el ejercicio de las funciones representativas del concejal, entendiéndose que es ajena a éstas el nombramiento para cargos de gobierno del municipio, lo cual no tiene grandes consecuencias con los antecedentes de hecho de este Dictamen, pues ya hemos aclarado que no sería subsumible en el supuesto de este precepto por cuanto la adquisición de la condición de *no adscritos* no hizo obtener derechos superiores a éstos, sino que mantendrían exactamente los mismos que tenían por más que éstos no formaran parte del núcleo esencial de las funciones representativas de concejal.

#### **5.3.4.- Distribución desigual de los derechos a concejales *no adscritos* respecto de aquellos otros incorporados a un grupo municipal**

Ante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto de los artículos 32.4 y 33.3 la Ley 2/2003, de Administración local de la Comunidad de Madrid<sup>62</sup>, que básicamente expresaban, por un lado, que los concejales *no adscritos* tendrán los derechos que le correspondan como miembro de la corporación, pero no la de su pertenencia a un grupo político (al igual que establece el artículo 28.3 de la Ley de los municipios de Canarias), así como que solo podrían integrar las comisiones informativas aquellos concejales que sean designados por los distintos grupos políticos, restringiendo su participación a los *no adscritos*.

---

<sup>61</sup> STC 30/2012, de 1 de marzo, fundamento jurídico cuarto

<sup>62</sup> BOCM núm. 65, de 18 de marzo de 2003



A la segunda de las cuestiones no nos vamos a referir, por cuanto resulta evidente su inconstitucionalidad (Art. 33.3) a la vista de lo que hemos visto en los subapartados anteriores, pero nos centraremos en la distribución desigual de derechos a concejales *no adscritos* respecto de los que están incorporados a un grupo municipal, cuestión que fue resuelta en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 246/2012, de 20 de diciembre, con unos esclarecedores párrafos que reproducimos literalmente a continuación:

*“Cuanto antecede permite llegar a la conclusión de que lo establecido en el cuestionado segundo párrafo del art. 32.4 de la Ley madrileña 2/2003, 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 a un grupo político, es conforme al art. 23.2 CE 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 de la corporación municipal y que forman parte del núcleo esencial de la función representativa que constitucionalmente corresponde a los representantes políticos conforme a nuestra doctrina; derechos entre los que se encuentran, como ya se dijo, el de participar en la actividad de control del gobierno local, el de intervenir en las deliberaciones del Pleno de la corporación, el de votar en los asuntos sometidos a votación en el Pleno y el de obtener la información necesaria para poder ejercer los anteriores derechos, así como, por su conexión con los anteriores derechos y en los términos que más adelante precisaremos al enjuiciar la constitucionalidad del art. 33.3 de la Ley madrileña 2/2003, el derecho de participar en las comisiones informativas.*

*De los restantes derechos, tanto económicos como políticos, asociados de forma exclusiva a la pertenencia del concejal a un grupo político, pueden ser legítimamente excluidos por el legislador los concejales no adscritos, sin que ello suponga infracción del art. 23 CE, pues ninguno de los derechos antes relacionados, que forman parte del núcleo esencial de la función representativa que constitucionalmente corresponde a todos y cada uno de los concejales en cuanto miembros electos de la corporación, se ve necesariamente comprometido como consecuencia de la prohibición legal a los concejales no adscritos de constituirse en un nuevo grupo o de integrarse en otro grupo político (art. 73.3 LBRL y art. 32.2 y 4, primer párrafo, de la Ley madrileña 2/2003), por*



*lo que, interpretado en el sentido expuesto, el segundo párrafo del art. 32.4 de la Ley madrileña 2/2003 no puede reputarse contrario al art. 23.2 CE*<sup>63</sup>.

Por lo anterior, se inadmite la cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 32.4 de la ley territorial madrileña, avalando la distribución desigual de derechos entre los concejales *no adscritos* y los de los grupos municipales, pero además fija un criterio respecto de los supuestos en los que se daría una eventual vulneración del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, pues lo que se debe respetar es el núcleo esencial de la función representativa, teniendo libertad el legislador para privar del resto de derechos **“asociados de forma exclusiva a la pertenencia del concejal a un grupo político”** que no formarán parte de dicho núcleo esencial, lo cual tendremos que analizar profundamente para comprobar la constitucionalidad de la norma canaria aplicable al supuesto de hecho de este Dictamen.

#### **5.3.5.- Establecimiento de un quórum específico para promover mociones de censura cuando medien desvinculaciones del grupo municipal**

En este punto nos vamos a referir a una cuestión de inconstitucionalidad planteada frente al artículo 197.1.a) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero<sup>64</sup>, que, con el fin de evitar que los denominados *tránsfugas* afectaran a la vida política municipal<sup>65</sup>, establecía lo siguiente:

*“El Alcalde puede ser destituido mediante moción de censura, cuya presentación, tramitación y votación se regirá por las siguientes normas:*

*a) La moción de censura deberá ser propuesta, al menos, por la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación y habrá de incluir un candidato a la Alcaldía, pudiendo serlo cualquier Concejal cuya aceptación expresa conste en el escrito de proposición de la moción.*

*En el caso de que alguno de los proponentes de la moción de censura formara o haya formado parte del grupo político municipal al que pertenece el Alcalde cuya censura se*

<sup>63</sup> STC 246/2012, de 20 de diciembre, fundamento jurídico séptimo.

<sup>64</sup> BOE núm. 25, de 29 de enero de 2011

<sup>65</sup> En su exposición de motivos se destaca lo siguiente: *“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”*. Analizaremos en próximos puntos lo que supone el *transfuguismo*.





*propone, la mayoría exigida en el párrafo anterior se verá incrementada en el mismo número de concejales que se encuentren en tales circunstancias.*

*Este mismo supuesto será de aplicación cuando alguno de los concejales proponentes de la moción haya dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribió al inicio de su mandato”.*

La Sentencia del Tribunal Constitucional número 151/2017, de 21 de diciembre, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad que, además, trae causa de una situación acontecida en el Ayuntamiento de Tacoronte, en Santa Cruz de Tenerife, fruto de una moción de censura en la que participaron cinco concejales del Grupo Municipal Socialista, que fueron posteriormente expulsados, ante lo cual el Alcalde censurado recurrió a los tribunales que, en aplicación del artículo 197.1 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, entendía que la propuesta de moción de censura debía ser apoyada por la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación, incrementada en el mismo número de concejales que los que dejaron de pertenecer al Grupo Municipal Socialista. Tras el recurso de los concejales *no adscritos*, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias plantea una cuestión de inconstitucionalidad.

La Sentencia, partiendo de la delimitación esencial del derecho fundamental reconocido en el artículo 23 de la Constitución Española, entiende que el ejercicio de control al gobierno local mediante la promoción de una moción de censura forma parte del núcleo del derecho de participación política. Para analizar la constitucionalidad del artículo que exige un quórum reforzado para los casos en que participen concejales *no adscritos* en las mociones de censura, según el Tribunal Constitucional deberíamos tener en cuenta tres consideraciones:

*“(i) que el legislador no puede imponer en el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos representativos (art. 23.2 CE) restricciones que, más allá de los imperativos del principio de igualdad y desde la perspectiva constitucional, no se ordenen a un fin legítimo (por todas, STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 6); (ii) que el artículo 23.2 CE determina, una vez dispuesta la facultad representativa de que se trate (aquí la moción de censura en el ámbito local), que su regulación no podrá conllevar restricciones ilegítimas contrarias a la garantía de igualdad, puesto que, como recordara la STC 10/1983, de 21 de febrero, la libertad del legislador para desarrollar el artículo 23.2 CE cuenta, entre otras limitaciones que aquí no están a debate, con las generales que derivan*



*de ese principio; (iii) adicionalmente, en los términos de la STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2, que en los cargos que se alcanzan a través de elección popular y tienen, por tanto, naturaleza representativa, ‘los requisitos que señalen las Leyes’ a que se refiere el artículo 23.2 C.E. sólo serán admisibles en la medida en que sean congruentes con su naturaleza y que «su carácter de derecho de configuración legal no nos puede hacer olvidar que los derechos del art. 23.2 son derechos fundamentales», debiendo, por tanto, este Tribunal revisar si ha quedado afectada su integridad. De no ser así, concluíamos entonces, los derechos fundamentales de configuración legal quedarían degradados al plano de la legalidad ordinaria”<sup>66</sup>.*

Y para continuar esta línea argumental, el Tribunal Constitucional define por mandato libre de los representantes, del que ya hemos hablado a lo largo de este trabajo, como 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 (expresada del modo que se pretendiera) o de las organizaciones o grupos políticos en que se integre o en cuyas listas hubiera concurrido a las elecciones”<sup>67</sup>.*

En este sentido, para analizar la constitucionalidad del artículo citado de la LOREG, el Alto Tribunal considera imprescindible realizar un juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad de éste, que iremos desgranando a continuación<sup>68</sup>:

- **Juicio de idoneidad:** el Tribunal Constitucional entiende que la moción de censura en el ámbito local, según está configurada en la redacción de la LOREG, es idónea y adecuada para el fin perseguido.
- **Juicio de necesidad:** también entiende que es una medida necesaria, pues únicamente establece un reforzamiento del quórum para que prospere la

---

<sup>66</sup> STC 151/2017, de 21 de diciembre, fundamento jurídico sexto. El Tribunal Constitucional destaca la importancia de respetar el mandato libre del representante.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> DE LA TORRE MARTÍNEZ, L.: “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*, número 9 (110-127), abril-septiembre 2018, pp. 121-122



moción de censura, sin que se altere la dinámica del procedimiento. En este sentido, el precepto pretende dificultar a los concejales *no adscritos* promover mociones de censura, para no intervenir en la vida política municipal, pero no restringe su derecho en la fase de decisión.

- **Juicio de proporcionalidad:** entiende que la medida no es proporcional, porque parte de que cualquier desvinculación del grupo político municipal merece una intervención de regeneración democrática, y porque opera desde un criterio puramente subjetivo.

En este sentido, el Tribunal Constitucional concluye expresando una cuestión que nos parece muy relevante destacar en la línea del contenido esencial del mandato representativo de los concejales electos:

*“De todo ello se concluye que «la anomalía que ha incidido negativamente en el sistema democrático y representativo y que se ha conocido como ‘transfuguismo’» no puede intervenir por el legislador con restricciones al ius in officium (STC 9/2012) que impacten en el ejercicio natural del cargo público al amparo de la libertad de mandato con base en razones asociadas, sin adjetivos, a la vinculación orgánica o política, sin fundamentos añadidos. Sencillamente porque no es cierto que la desvinculación orgánica o política del grupo de origen desestabilice por defecto o sin excepción la vida municipal o modifique la voluntad popular”<sup>69</sup>.*

Además, el Alto Tribunal indica en última instancia que el precepto citado de la LOREG *“sujeta al concejal al grupo político de origen bajo advertencia de restricción de las funciones representativas básicas, sin que ese efecto responda inevitablemente a una defraudación de la voluntad popular o a un hacer que busque la desestabilización de la dinámica municipal”<sup>70</sup>.*

Lógicamente, una vez analizadas las cuestiones previamente comentadas, el Tribunal Constitucional procede a declarar la inconstitucionalidad del apartado tercero del artículo 197.1.a) de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, por vulneración

---

<sup>69</sup> STC 151/2017, de 21 de diciembre, fundamento jurídico sexto.

<sup>70</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico séptimo



del artículo 23.2 de la Constitución Española, aunque difiere su alcance hasta la convocatoria de unas nuevas elecciones generales por los efectos que podría producir en las situaciones que se han consolidado al amparo de la norma. Debemos comentar que esta Sentencia contó con diversos votos particulares discrepantes.

### 5.3.6.- Reflexiones sobre la jurisprudencia analizada en aplicación al supuesto de hecho objeto de Dictamen

A la vista de lo analizado hasta ahora, de las posiciones de la doctrina y de la jurisprudencia fijada por el Tribunal Constitucional, corresponde ahora establecer una posición respecto de la constitucionalidad o no del artículo 28.4.c) de la Ley de los municipios de Canarias, lo cual será clave para la resolución de los antecedentes de hecho enunciados en este Dictamen.

En este sentido, es evidente que no somos nosotros quienes tendremos que resolver sobre la posible constitucionalidad o no del precepto, sino que dependerá de lo que dictamine, en su caso, el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Carta Magna, teniendo efecto en otras normas autonómicas redactadas de forma muy similar a la de Canarias. Sin embargo, resulta imprescindible tomar una posición, desde un punto de vista jurídico, respecto de la constitucionalidad o no de este precepto.

Así, en primer lugar, la constitucionalidad del artículo 28.4.c) de la Ley de los municipios de Canarias dependerá de si consideramos o no que su aplicación produce una vulneración del contenido esencial del derecho fundamental a participar en los asuntos públicos en condiciones de igualdad, es decir, si traspasa el núcleo esencial de la función representativa. Para ello, resulta fundamental hacer referencia a la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional cuando expone lo siguiente:

*“Para apreciar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales de los representantes políticos contenidos en el art. 23 CE es necesario que se haya producido **una restricción ilegítima de los derechos y facultades que les reconocen las normas que resulten en cada caso de aplicación.** Sin embargo, la vulneración del art. 23 CE no se produce con cualquier acto que infrinja el status jurídico aplicable al representante público, pues a estos efectos sólo poseen relevancia constitucional los derechos o*



*facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa”<sup>71</sup>.*

El artículo 28.4.c) de la Ley de los municipios de Canarias viene a impedir legalmente que un concejal *no adscrito* pueda ostentar dedicación exclusiva ni parcial o ser nombrado cargo directivo de una entidad dependiente de la corporación municipal, por el mero hecho de dejar de pertenecer al grupo municipal con el que concurrió a las elecciones municipales en las que resultó electo, independientemente del motivo que fundamente este hecho. En primera instancia, nos deberíamos plantear si consideramos que el hecho de que un concejal ostente dedicación exclusiva o parcial como tal o sea nombrado cargo directivo de una entidad de la corporación, resultan derechos o facultades que pertenezcan al núcleo esencial de la función representativa de un cargo público electo, que deben ser garantizados en todo caso por las legislaciones, en aplicación del mencionado artículo 53.1 de la Constitución.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha expresado que podemos entender que *“el núcleo esencial de la función representativa se corresponde con aquellas funciones que sólo pueden ejercer los titulares del cargo público, por ser la expresión del carácter representativo de la institución y de las que no pueden ser privados incluso en el caso de que los titulares del cargo público hayan optado por abandonar el grupo político de procedencia”<sup>72</sup>*. De esta forma, el Tribunal Constitucional ha venido a establecer, desde la concepción absoluta de la que hablábamos anteriormente, el ámbito que el legislador de ninguna manera puede restringir o limitar.

En la línea de lo anterior, ya conocemos los posicionamientos del Tribunal Constitucional que han atribuido tal condición a derechos como el de participar en la actividad de control del gobierno local, el de intervenir en las deliberaciones del Pleno de la corporación, el de votar en los asuntos sometidos a votación en el Pleno, el de obtener la información necesaria para poder ejercer los anteriores derechos o el de participar en las comisiones informativas, entre otros. Pero también ha negado tal virtualidad a otros como, por ejemplo, al derecho de incorporarse a otro grupo político o de constituir un nuevo grupo, al de formar parte de la junta de portavoces o al del nombramiento de cargos

---

<sup>71</sup> STC 246/2012, de 20 de diciembre, fundamento jurídico cuarto

<sup>72</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico séptimo. Siguiendo SSTC 5/1983 y 169/2009.



relacionados con el gobierno y la administración del municipio, como son la pertenencia a la Junta o Comisión de Gobierno o la designación como teniente de alcalde.

Así, ha dicho el Tribunal Constitucional que el legislador puede privar de los derechos económicos y políticos no integrados en el núcleo esencial de la función representativa y “*asociados de forma exclusiva a la pertenencia del concejal a un grupo político*”. Y aquí se encuentra la clave de la argumentación que nos hace sostener que el artículo 28.4.c) de la Ley de los municipios de Canarias es manifiestamente inconstitucional. Aquellos concejales que adquieren la condición de *no adscritos* lo hacen porque dejan de pertenecer -bien por expulsión, por abandono voluntario o por disolución- al grupo municipal del partido con el que se presentaron a las elecciones municipales, por lo que se les puede -y debe- privar de todos aquellos derechos que les corresponderían exclusivamente como miembros de un grupo municipal y no podrán, en ningún caso, disfrutar de derechos superiores a los que les corresponderían si hubieran continuado perteneciendo a ese grupo.

Pero es que, además, tenemos motivos más que suficientes para considerar que sí forma parte del núcleo esencial de la función representativa la posible titularidad de los concejales, también los *no adscritos*, de ostentar dedicación exclusiva o parcial para el ejercicio de sus funciones con las suficientes garantías, así como ser cargos directivos de las entidades dependientes de la corporación. Esto es así, porque tenemos el firme convencimiento de que se tratan de derechos individuales que les corresponderían a los concejales por el mero hecho de serlo, independientemente de su pertenencia a un grupo político o a otro, porque son fruto de un acuerdo plenario que no puede venir condicionado por una discriminación patente entre concejales adscritos y *no adscritos* a un grupo municipal, pues ello entronca directamente con el mandato representativo libre que la ciudadanía ha confiado a los concejales electos, del que no puede privarle ningún partido político y que, no solo puede estar relacionada con la participación en labores de control al gobierno como ha señalado ya el Alto Tribunal, sino también, según nuestra opinión, en la posibilidad de dedicarse de forma exclusiva o parcial a sus funciones representativas o en ostentar cargos directivos en entidades dependientes, con o sin delegaciones de gobierno, si así lo decide la mayoría del pleno municipal como representantes de la ciudadanía de un determinado municipio.



Para más *inri*, el propio artículo 28.3 de la Ley de los municipios de Canarias establece que “*los miembros no adscritos tendrán los derechos políticos y económicos que individualmente les correspondan como Concejales*”, salvo los que “*exclusivamente*” tengan que ver con su pertenencia a un grupo, siguiendo la línea marcada por el artículo 73.3 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, en el que el legislador se ha cuidado mucho de establecer limitaciones superiores, precisamente por las posibles conculcaciones del orden constitucional que pudieran existir en esos casos. Por lo que privarles a estos concejales, como hace la norma autonómica canaria, de aquellos derechos individuales, como la posibilidad de ostentar dedicación exclusiva o un cargo directivo en una entidad dependiente de la corporación resulta, a nuestro juicio, una vulneración patente de su derecho fundamental a participar en los asuntos públicos en condiciones de igualdad, que, no solo interfiere en el núcleo esencial de la función representativa de éstos, sino que, además, no supera el necesario juicio de proporcionalidad que corresponde realizar para determinar la constitucionalidad del precepto.

Esta cuestión ha llevado a numerosos operadores jurídicos a compartir una tacha de inconstitucionalidad que, abordaremos en próximos apartados, y que nada tiene que ver con un juicio sobre la necesidad o idoneidad de la medida para prevenir determinados actos denominados de *transfuguismo*, que deben ser objeto de las consideraciones morales o éticas que se quieran, sin que ello afecte a los derechos fundamentales que nos hemos dado y cuya titularidad corresponde en exclusiva a los cargos públicos representativos elegidos por el pueblo y no a los partidos que los hace candidatos.

#### **5.4.- Posibilidades procesales de defensa del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos.**

Una vez nos hemos posicionado claramente en el sentido de entender que el artículo 28.4.c) de la Ley de los municipios de Canarias es manifiestamente inconstitucional, corresponde ahora realizar un análisis sobre las posibilidades que, desde un punto de vista procesal, tienen los cargos públicos representativos afectados por esta norma, más concretamente los que se plantean en los antecedentes de hecho, para defender su derecho fundamental de participación en los asuntos públicos vulnerado por este precepto.



En primer lugar, debemos dejar claro que, frente a la norma aprobada por el Parlamento de Canarias, no tenemos constancia de la interposición en plazo de un recurso de inconstitucionalidad que pusiera en cuestión la conformidad de este ni de ningún precepto con respecto a la Carta Magna, como legitima a determinadas instituciones el artículo 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Por tanto, habiendo superado el plazo de tres meses que el artículo 33 de la citada norma establece para la interposición del recurso, tendríamos que explorar otras vías para que pueda llegar el asunto al Tribunal Constitucional, que es el único órgano que podrá declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, en tanto que supremo intérprete de la Constitución Española.

El artículo 163 de la Constitución Española de 1978 establece que: “*Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos*”, lo cual encuentra su desarrollo en los artículos 35 y sucesivos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, planteando que la consideración de esa constitucionalidad podrá plantearse de oficio o a instancia de parte.

Por tanto, en aplicación del caso concreto que analizamos en los antecedentes de hecho de este Dictamen, correspondiente a la situación de los concejales Zambudio y Lazcano, necesitaríamos en primer lugar contar con el acuerdo plenario que, una vez fije la condición de *no adscritos* de ambos concejales, por su expulsión del partido político con el que concurrieron a las elecciones<sup>73</sup>, proceda a revocar la dedicación exclusiva y los cargos directivos en entidades dependientes del gobierno municipal<sup>74</sup>. Ante esta decisión, debería interponerse un recurso contencioso-administrativo, en el que se solicite al Tribunal el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por la vulneración

---

<sup>73</sup> Una cuestión que aún ha quedado paralizada ante la suspensión cautelar de la expulsión de los concejales, en un proceso del orden jurisdiccional civil.

<sup>74</sup> El Secretario General del Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz ya informó favorablemente a esta decisión, de conformidad con la vigente Ley de municipios de Canarias que debe ser cumplida. Cfr. “El secretario concluye que Lazcano y Zambudio no podrán tener sueldo”, *El Día*, 23 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/358Ahea>





del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos en condiciones de igualdad, que viene establecido en el artículo 23 de nuestra Carta Magna.

A partir de ese momento, el papel protagonista lo tendría el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo correspondiente, si considerara, a la vista de la solicitud realizada a instancia de parte por el recurrente, que la norma con rango de ley aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, pudiera ser contraria a la Constitución Española, en cuyo caso deberá interponer la cuestión de inconstitucionalidad una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, por lo que el asunto llegaría al Tribunal Constitucional para su admisión -o no- a trámite y la resolución que considere oportuna. En caso de que el Juzgado no considere que exista tal contradicción con la Constitución, los concejales podrían continuar recurriendo y solicitando a las diferentes instancias superiores la interposición de la cuestión de inconstitucionalidad.

E incluso podría suceder que ninguno de los órganos judiciales que conozcan del asunto en vía de recurso considere que exista una vulneración del orden constitucional con la aplicación de la norma con rango de ley de la que depende el fallo, en cuyo caso podrían también interponer los concejales un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por considerar vulnerado su derecho fundamental de participación en los asuntos públicos en condiciones de igualdad, en virtud del artículo 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en tanto que se encuentra entre los derechos especialmente garantizados por un proceso preferente y sumario de amparo, por el artículo 53.2 de la Constitución Española y su normativa de desarrollo.

Y, si bien entre los efectos de la Sentencia que resuelva el recurso de amparo no se incluye el de declarar la constitucionalidad o no de la norma con rango de ley que se aplica para su resolución, pues no se encuentra entre los determinados por el artículo 51.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, si el Alto Tribunal considerara que la norma aplicada para la resolución lesiona los derechos fundamentales o libertades públicas, podría elevar la cuestión al pleno, con la interposición de una denominada *autocuestión* de inconstitucionalidad, que suspendería el plazo para dictar sentencia y obligaría a pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 28.4.c) de la Ley de los municipios de Canarias.



Es evidente que, mientras tanto, hasta que esta cuestión no llegue al Tribunal Constitucional y este se pronuncie, en su caso, declarando la inconstitucionalidad del precepto señalado, éste deberá seguir aplicándose plenamente, pues así lo establece el artículo 9.1 de la Carta Magna cuando expone que “*los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”, como uno de los principios fundamentales del Derecho, que es el principio de legalidad. Por tanto, se le podrá privar legalmente a estos dos concejales de la posibilidad de ostentar dedicación exclusiva y tener cargos directivos en las entidades dependientes de la corporación.

Incluso, podría suceder, y sería lo más probable, como ya ha pasado en otras ocasiones, que se termine el mandato sin que haya recaído sentencia del Tribunal Constitucional, siendo totalmente imposible la restauración del orden constitucional en el caso concreto que nos ocupa, por lo que valdría para ello la mera declaración de inconstitucionalidad y el fallo a favor de los recurrentes, como ya sucedió en la STC169/2009, de 9 de julio, en la que se expone lo siguiente<sup>75</sup>:

*“No cabe adoptar en el fallo de esta Sentencia una medida destinada al pleno restablecimiento del derecho vulnerado por el Pleno de la Diputación de Alicante, de suerte que la pretensión de los demandantes de amparo ha de quedar satisfecha mediante la declaración de la lesión de su derecho recogido en el art. 23 CE y la nulidad del Acuerdo que impidió su ejercicio”*<sup>76</sup>.

Lo que sí debe quedar manifiestamente claro es que, de prosperar finalmente la expulsión definitiva de los concejales, ahora mismo pendiente de una resolución del orden jurisdiccional civil, el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife deberá disolver el grupo mixto en el que éstos se integran, declarando su condición de *no adscritos* y revocando sus actuales dedicaciones exclusivas y sus cargos directivos en entidades dependientes de la corporación. A partir de ese momento, todo dependerá de la voluntad de ambos concejales *no adscritos*, aunque debemos avanzar que Zambudio y Lazcano ya se han mostrado favorables a acudir al Tribunal Constitucional para la defensa de su derecho de participación política<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> STC169/2009, de 9 de julio, fundamento jurídico noveno.

<sup>77</sup> “Zambudio y Lazcano no entregarán sus actas de concejal y acudirán al TC si se aplica la ley de municipios en Santa Cruz”, *EuropaPress*, 6 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/2ZBtcBT>.



En cualquiera de los casos, se resuelva o no esta situación por la vía política o jurídica, situaciones como estas se pueden seguir sucediendo a lo largo del tiempo, no solo en Canarias, sino también en otros territorios como La Rioja o Aragón que contienen normativas similares en la administración local, dando lugar a una importante conflictividad que se trasladará al ámbito judicial, por el notable cuestionamiento de la inconstitucionalidad del artículo mencionado, lo cual se evitaría más rápidamente con una modificación legislativa de la norma en el Parlamento de Canarias, como ya piden algunas voces autorizadas que analizaremos posteriormente.

Todo parece hacernos llegar a la conclusión de que, en cualquier caso, por una vía o por otra, más tarde o más temprano, este asunto llegará al Tribunal Constitucional, que deberá pronunciarse sobre si estas normativas autonómicas que retiran a los concejales *no adscritos* la posibilidad de ostentar dedicación exclusiva o parcial, así como a ocupar un cargo directivo en una entidad dependiente de la corporación municipal, suponen o no una vulneración del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos en condiciones de igualdad.

---

Si bien, en la noticia se afirma que ambos advierten de la presentación de una cuestión de inconstitucionalidad, sabemos que ello solo lo pueden hacer los órganos judiciales.



## 6.- CUESTIONES ADICIONALES

Hasta el momento, hemos intentado incorporar una valoración estrictamente jurídica a la situación que se expone en los antecedentes de hecho, dejando a salvo cualquier tipo de posicionamiento que trascienda este ámbito, precisamente por su importancia para un Dictamen sobre la constitucionalidad de un precepto de una norma con rango de ley, que debe nutrirse pura y exclusivamente de las fuentes del Derecho.

No obstante, este trabajo no puede ignorar algunas cuestiones de naturaleza política y ética que están en el fondo de la cuestión sobre la que gira este Dictamen y que se abordarán de forma breve en este apartado, antes de exponer las conclusiones a las que hemos llegado tras la investigación bibliográfica y jurisprudencial realizada.

### 6.1.- Las *tachas de inconstitucionalidad* de la Ley de los municipios de Canarias

No podemos terminar este trabajo sin dejar constancia de que son muchas las voces autorizadas que, previamente, se han mostrado críticas contra la Ley de los municipios de Canarias por considerar que el artículo 28.4.c) es manifiestamente inconstitucional, tal como defendemos en el presente trabajo y que, de alguna manera, refuerzan nuestras tesis, pues incluso algunas de ellas lo hacen desde la aplicación de criterios jurídicos.

En primer lugar, como paradigma de estas voces encontramos a Francisco Hernández Spínola, Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad del Gobierno de Canarias durante la legislatura en que se elaboró y aprobó la Ley 7/2015 de los municipios de Canarias, de la que se confiesa promotor en un artículo de opinión publicado en la Tribuna del *Diario de Avisos*<sup>78</sup>. En éste, Hernández Spínola comenta que, en el trámite de elaboración de la norma, se recibieron los dictámenes favorables del Consejo Consultivo de Canarias, sobre la adecuación de las leyes -la de municipios y la de Cabildos- a la Constitución Española y al Estatuto de Autonomía de Canarias vigente en aquel momento, sin cuestionar la constitucionalidad del artículo 28.4.c) de la Ley de los

---

<sup>78</sup> HERNÁNDEZ SPÍNOLA, F: “Las leyes de cabildos y municipios de Canarias y los no adscritos”, *Diario de Avisos*, 11 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/2SBxEyW>



municipios de Canarias. Tampoco presentó dudas sobre la constitucionalidad de la norma el Gobierno de España, a través de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Canarias, cuando de hecho sí habían presentado discrepancias frente a otros preceptos que debieron ser modificados.

Efectivamente, tal como expresa Spínola en el artículo de opinión, el Consejo Consultivo de Canarias emitió el 29 de enero de 2015 un Dictamen favorable respecto de la Proposición de Ley de los municipios de Canarias, que aseguraba que ésta se ajustaba al Ordenamiento Jurídico, con las observaciones y reparos expresados en el documento<sup>79</sup>. En este sentido, respecto del artículo que regula el ámbito de los concejales *no adscritos* (que, suponemos, se situaba en la proposición en el artículo 27 y no en el 28, como finalmente quedó incorporado en la Ley aprobada), el Dictamen se refiere exclusivamente a una posible vulneración de la Constitución Española respecto del número de comisiones informativas a las que permitía asistir la proposición de ley con plenitud de derechos estos concejales (exclusivamente una), por lo que señala el Dictamen que ello “*va en contra del principio de proporcionalidad que rige la participación de los concejales en los órganos municipales y que tiene especial incidencia en su derecho a voto en el citado órgano (SSTC 169/2009 y 20/2011)*”<sup>80</sup>. Es por ello por lo que, como veremos, el artículo 28.4.a) de la Ley de los municipios de Canarias aprobada no restringe el número de comisiones informativas en las que pueden participar los concejales *no adscritos*. Pero el Dictamen en ningún caso se refiere al apartado relativo a la restricción del derecho a ostentar dedicación exclusiva o parcial y cargos en entidades dependientes de la corporación, por lo que debemos entender que, de forma tácita, considera que éste se ajusta a la Constitución Española.

Por otro lado, de la revisión del diario de sesiones del Parlamento de Canarias en la sesión plenaria en la que se aprobó la proposición de ley de los municipios de Canarias<sup>81</sup>, podemos extraer que se valora de nuevo la posible inconstitucionalidad del apartado relacionado con la limitación de la participación de los concejales *no adscritos*

---

<sup>79</sup> Dictamen 34/2015, en relación con la Proposición de Ley de los Municipios de Canarias, Consejo Consultivo de Canarias, 29 de enero de 2015. Disponible en: <https://bit.ly/39E7ullhn>

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>81</sup> Diario de Sesiones del Parlamento de Canarias, VIII Legislatura, Número 164, 26 de marzo de 2019, pp. 16-24. Disponible en: <https://bit.ly/37BBzQQ>. Especial incidencia de lo expuesto en la página 19, respecto de los concejales *no adscritos*.



en las comisiones informativas, tal como había reflejado el Consejo Consultivo de Canarias, por lo que se aprueba una enmienda de los Grupos Nacionalista Canario y Socialista, para desplazar esta cuestión a la regulación que contenga el reglamento orgánico municipal. Pero, al igual que el Consejo Consultivo, en el debate parlamentario de aprobación de la Ley, nada se menciona respecto del artículo 28.4.c) de la Ley de los municipios de Canarias y su asumida concordancia con la Constitución Española, por lo que, tras la transacción de algunas enmiendas menores en el seno de los grupos parlamentarios, la proposición de ley resulta aprobada por unanimidad.

Sin embargo, Hernández Spínola, cuatro años después de la aprobación de la norma, considera que<sup>82</sup>, a la luz de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la Sentencia número 151/2017, de 21 de diciembre (que hemos analizado en este trabajo), dicho artículo de la norma territorial canaria resulta manifiestamente inconstitucional y propone su derogación inmediata antes de que sea el Tribunal Constitucional el que proceda a anularla *“pasados unos años, con el consiguiente perjuicio para el sistema y para los afectados”*<sup>83</sup>. De forma literal, Hernández Spínola expresa lo siguiente:

*“Lo cierto es que el sostén jurídico que habilitaba a la comunidad autónoma de Canarias para mantener la regulación de los consejeros y concejales no adscritos, completando el marco legal establecido en el artículo 73.3 de la Ley de Bases de Régimen Local, ha desaparecido a la vista de los fundamentos jurídicos de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 151/2017, de 21 de diciembre, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 197.1.a) párrafo tres de la LOREG, que, como se ha dicho, agravaba los requisitos para presentar una moción de censura por los concejales no adscritos”*.

De esta forma, considera el autor que el Estado no ha acertado en la regulación del artículo 73.3 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local -cuya constitucionalidad ha sido avalada en sendas ocasiones por el Tribunal Constitucional-, pues se ha demostrado *“insuficiente, inadecuada e ineficaz”* para afrontar lo que

---

<sup>82</sup> No debemos pasar por alto que Hernández Spínola, además de político, es Licenciado en Derecho y funcionario del Cuerpo Superior de Administradores de Canarias, según figura en su última biografía en la página web del Congreso de los Diputados, del que fue miembro en la XI Legislatura.

<sup>83</sup> También propone la derogación del artículo 88.4.d) la Ley de Cabildos Insulares, de la que también fue promotor, que, como hemos visto, tiene una redacción similar, pero con diferentes interpretaciones al respecto. En la prensa se ha llegado a calificar ambas normas de forma coloquial como leyes *spinolescas*.



verdaderamente late en el impulso normativo de estos preceptos y de lo que hablaremos en el siguiente apartado: el *transfuguismo* político.

Pero Hernández Spínola no ha sido el único que se ha demostrado favorable a la inconstitucionalidad del precepto mencionado de la norma territorial canaria relativa a la administración local, sino que, además de los posicionamientos políticos del arco parlamentario de Canarias, sino que a ello se ha sumado también el Secretario General del Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz, Luis Fernando Prieto González, que en su informe sobre la aplicación de esta norma a los concejales Zambudio y Lazcano, a la par que expresaba la obligación de aplicar la Ley de los municipios de Canarias privando a los concejales *no adscritos* de los derechos que dicha norma impedía tener, expresaba lo siguiente:

*“No obstante, obiter dicta, se comparte esta tacha de inconstitucionalidad de la norma autonómica, fundamentalmente siendo de competencia exclusiva del Estado la determinación de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (artículo 149.1.18 de la CE) y la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos (artículo 149.1.1 de la CE) como verdadera cláusula de cierre competencial...”*<sup>84</sup>.

Y continúa el informe del Secretario General del Pleno, haciendo referencia a los derechos que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dicho que deben tener asegurados los concejales a pesar de ser *no adscritos*:

*“Dichas facultades constituyen, obviamente, el núcleo indisponible de las funciones representativas que corresponden a los concejales [...] Ahora bien, ello no significa en modo alguno que estos sean los únicos derechos que pueden corresponder a los concejales no adscritos. Es, simplemente, el límite que la Ley no puede franquear en la configuración de su estatuto básico (...).*

---

<sup>84</sup> “Una ley tachada de “inconstitucional” impide a los ex concejales de C's cobrar por formar parte del gobierno de Santa Cruz de Tenerife”, *Tenerife Ahora (eldiario.es)*, 23 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/355pmC1>. La negrita es nuestra. Como hemos dicho, no disponemos del informe elaborado por el Secretario General del Pleno al que sí ha tenido acceso este medio de comunicación.



*Las consecuencias de la aplicación de estos principios al estatuto jurídico individual de los concejales no adscritos son claras. Así, podrán percibir las dietas e indemnizaciones que les correspondan por asistencia a órganos colegiados en igualdad de condiciones con el resto de concejales. [...] de igual modo, podrán ostentar delegaciones, tenencias de Alcaldía o de Distrito, nombramientos que no tienen porqué vincularse a la pertenencia a un determinado grupo municipal...”<sup>85</sup>.*

Por tanto, el Secretario General del Pleno, Prieto González, que además es Doctor en Derecho<sup>86</sup>, comparte la tacha de inconstitucionalidad de la Ley de los municipios de Canarias, al entender que la normativa autonómica no puede privar de derechos a los concejales *no adscritos* que forman parte de su estatuto jurídico individual, sino únicamente aquellos que tengan relación directa con su no pertenencia a un grupo municipal concreto de cuyo partido político ha sido expulsado, tal como expone la normativa estatal básica en esta materia.

Pero, como era previsible, aún compartiendo la tacha de inconstitucionalidad de la que hablamos, en su informe se debe a la aplicación estricta de la norma jurídica que, aunque a su juicio no es conforme a la Constitución Española, es la norma vigente y debe aplicarse, máxime ante el silencio del Reglamento Orgánico Municipal (que, como hemos visto, nada regula al respecto), pero, aclara, debe hacerse “*evitando una aplicación rigorista que impida o dificulte el ejercicio de los derechos de representación política de los concejales...*”.

Este asunto ha llegado al Pleno del Parlamento de Canarias que, en sesión celebrada el 24 de septiembre de 2019, tuvo como uno de sus puntos del orden del día una pregunta al Consejero de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias, Julio Manuel Pérez Hernández<sup>87</sup>, sobre el pacto *antitransfuguismo* que valoraremos luego y la Ley de los municipios de Canarias, ante lo cual respondió lo siguiente:

---

<sup>85</sup> *Ibidem*. La negrita es nuestra.

<sup>86</sup> Según figura en su biografía publicada en la página de la Universidad de La Laguna, de la que es profesor asociado en la rama de conocimiento de Derecho Administrativo. Disponible en: <https://bit.ly/36aRg0X>

<sup>87</sup> Que también es Licenciado en Derecho y abogado, además de haber sido Secretario de Estado de Justicia del Gobierno de España.





*“Como probablemente sabe, ese acuerdo, el acuerdo llamado antitransfuguismo, y las leyes que lo desarrollaron, son o parecen ser contrarias a la Constitución, según dice el Tribunal Constitucional. Por tanto, lo que procede es saber si la doctrina del Tribunal Constitucional, aplicada a las leyes canarias, conduce a su derogación, a la conveniencia de su derogación. En el caso de que así sea, en caso de que la doctrina conduzca a la conveniencia de la derogación, en pro de la seguridad jurídica, y en pro de la claridad de las normas, el Gobierno lo estudiará y propondrá, a través del vehículo más adecuado, la corrección de nuestro ordenamiento en ese punto en el que es incorrecto”<sup>88</sup>.*

Parece claro también, por tanto, que el Consejo de Gobierno de Canarias comparte de alguna manera la tacha de inconstitucionalidad que se ha expresado por algunos sectores respecto de la Ley de los municipios de Canarias -una cuestión de la que difiere la diputada que realiza la pregunta en el Pleno del Parlamento-, e incluso se afirma en una segunda intervención que se va a estudiar la derogación de la norma, atendiendo a la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en la STC 151/2017, de 21 de diciembre. Por tanto, a la vista de lo que hemos planteado, parece más que probable, como ya hemos dicho, que sea derogada más temprano que tarde, o incluso, en su defecto, declarada inconstitucional, en su caso, por el Alto Tribunal, lo cual nos despejaría las dudas de si verdaderamente es constitucional o no.

## **6.2.- Acuerdo sobre un Código de Conducta Política en relación con el *transfuguismo* en las corporaciones locales**

No sería tampoco de justicia culminar este Dictamen sin hacer referencia al motivo político fundamental que late bajo las normativas estudiadas que restringen los derechos de los concejales *no adscritos*. Se trata del Acuerdo sobre un Código de Conducta Política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales<sup>89</sup>, llamado en la práctica política *Pacto Antitransfuguismo*, un acuerdo firmado por diferentes partidos políticos del arco parlamentario español<sup>90</sup>, reeditado en varias

---

<sup>88</sup> Diario de Sesiones del Parlamento de Canarias, X Legislatura, Número 8, 24 de septiembre de 2019, pp. 22-24. Disponible en: <https://bit.ly/35671oF>. La intervención la realiza a la luz de la STC 151/2017, de 21 de diciembre.

<sup>89</sup> Acuerdo sobre un Código de Conducta Política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales, 23 de mayo de 2006. Disponible en: <https://bit.ly/36eHb2U>

<sup>90</sup> PSOE, PP, IU, Convergencia Democrática, Unió Democràtica, Esquerra Republicana, Iniciativa Per Catalunya, PNV, Eusko Alkartasuna, BNG, Coalición Canaria, Unió Valenciana, Xunta Aragonesista,



ocasiones, la última de ellas en el 2006, y que pretende introducir medidas concretas para, citamos literalmente, “*frenar y reducir a la menor expresión posible el condenable fenómeno de deslealtad política conocido como transfuguismo*”.

En este acuerdo se define el concepto de *tránsfuga* con la siguiente expresión que reproducimos literalmente:

*“Los representantes locales que, traicionando a sus compañeros de lista y/o de grupo - manteniendo estos últimos su lealtad con la formación política que los presentó en las correspondientes elecciones locales-, o apartándose individualmente o en grupo del criterio fijado por los órganos competentes de las formaciones políticas que los han presentado, o habiendo sido expulsados de éstas, pactan con otras fuerzas para cambiar o mantener la mayoría gobernante en una entidad local, o bien dificultan o hacen imposible a dicha mayoría el gobierno de la entidad”.*

Y a la vista de esta conducta, propia de lo que en la normativa se ha atribuido al concejal *no adscrito*, considerada condenable por los partidos que suscriben el acuerdo, se establecen una serie de medidas que se comprometen a cumplir a la luz de lo dispuesto en el artículo 73.3 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, en su redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local<sup>91</sup>, que, según expresan, es fruto de los acuerdos políticos contra el *transfuguismo*, entre las cuales podemos encontrar la de no permitir que se integre a éstos en los grupos de gobierno municipal, con los consiguientes derechos que se deriven de ello, como puede ser la dedicación exclusiva o parcial, así como que se les nombre representantes de la corporación en entidades dependientes de ésta.

Pues bien, es patente el compromiso de los partidos políticos de aquel entonces a la hora de condenar los actos que consideran desleales y garantizar así el respeto a la voluntad de los ciudadanos y a la lealtad política en los gobiernos locales. En este sentido, no tendría cabida en este Dictamen una valoración ética o moral sobre la actuación de determinados representantes que incumplen las directrices de sus partidos políticos, llegando a pactos con otras fuerzas que les otorguen una situación de especial relevancia

---

Partido Aragonés, Partido Andalucista y Unión del Pueblo Navarro, según la página web del Ministerio de Política Territorial y Función Pública del Gobierno de España. Disponible en: <https://bit.ly/36eFO4e>

<sup>91</sup> BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 2003.



en la nueva estructura de la corporación, por más que nos pareciera deleznable o reprochable desde un punto de vista ético, político o moral algunas de esas conductas. Lo que sí tiene cabida en todo caso es aportar una perspectiva jurídica respecto del estatuto de los concejales *no adscritos*, que nada tiene que decir respecto de un acuerdo político que no tiene aplicación práctica en la legislación vigente, por cuanto no es fuente del Derecho, sino, como decimos, un mero acuerdo de partidos que, además, podemos suponer que se posicionarán legítimamente de forma distinta en función de lo que les afecte y beneficie o no en cada caso.

Sin embargo, debemos dejar claros los límites que establece nuestra Constitución respecto del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos en condiciones de igualdad, que resulta claramente puesto en duda en un acuerdo de estas características. Sin intención de excedernos en cuestiones en las que ya hemos hecho hincapié a lo largo del Dictamen, recordaremos simplemente que este derecho es titularidad individual de los cargos públicos representativos, que tienen un derecho de permanencia en el cargo que solo depende, precisamente, de la voluntad de los electores y que no están sujetos en ningún caso a mandato imperativo del partido que le escogió para formar parte de una candidatura a unas elecciones locales.

A la vista de lo analizado, resulta clave destacar que obviamente el presente acuerdo político ha tenido y tiene efectos en la legislación vigente, por cuanto son los mismos partidos políticos del arco parlamentario los que, en el marco del poder legislativo, elaboran y aprueban las normas con rango de ley a las que estamos sometidos la ciudadanía y los poderes públicos. Sin embargo, ello no nos debe apartar de la necesidad de aplicar rigurosamente lo establecido en la Constitución Española y, por consiguiente, los elementos esenciales de los derechos fundamentales consagrados en ella, que deben ser plenamente respetados por la legislación, independientemente de los acuerdos puntuales que alcanzaren los partidos políticos.



## 7.- CONCLUSIONES

A la vista de los fundamentos jurídicos y las cuestiones adicionales que hemos desarrollado en el presente trabajo de investigación, vamos a proceder a continuación a dar una respuesta jurídica pormenorizada a las cuestiones planteadas en este Dictamen:

**PRIMERA.** *¿Resulta conforme a la Constitución Española el artículo 28.4.c) de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias, que impide a los concejales no adscritos ostentar la condición de miembros con dedicación exclusiva, así como ser designados para el desempeño de cargos o puestos directivos en las entidades públicas o privadas dependientes de la corporación municipal?*

Una vez analizada la doctrina científica y la reciente jurisprudencia sobre el estatuto jurídico de los concejales *no adscritos*, hemos llegado a la conclusión de que, en nuestra opinión, **el artículo 28.4.c) de la Ley de los municipios de Canarias resulta manifiestamente inconstitucional**, por cuanto priva a cargos públicos representativos de posibles derechos individuales que les corresponderían y que se encuentran totalmente desconectados de la no pertenencia al grupo municipal del partido político con el que concurren a las elecciones locales, elemento diferenciador del estatuto jurídico del concejal *no adscrito*, además de restringir derechos que forman parte del núcleo esencial de la función representativa de los concejales.

La norma autonómica (y otras similares en Aragón o La Rioja), según nuestro criterio, se extralimita en este aspecto respecto de lo establecido en la normativa estatal básica (Art. 73.3 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local) y, por este motivo, introduce una clara vulneración del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos en condiciones de igualdad, establecido en el artículo 23 de la Constitución Española. La aplicación de este precepto está generando en la actualidad un clima de inseguridad jurídica que debe ser salvado con una modificación de la norma o, en su defecto, si procede, con una declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, con el fin de sanar nuestro ordenamiento jurídico, a la mayor brevedad, de cualquier posible vulneración de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, por los nocivos efectos que generarían en el funcionamiento democrático que deben tener nuestras instituciones.



**SEGUNDA.** *En caso afirmativo, ¿qué mecanismos procesales existen en nuestro Ordenamiento Jurídico para la anulación de dicho precepto, además de su derogación legislativa, toda vez que la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias, no ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en el plazo correspondiente?*

Como hemos visto, la anulación del precepto pasa por el planteamiento, de oficio o a instancia de parte, de una cuestión de inconstitucionalidad por parte de alguno de los órganos del Poder Judicial que trasladase el asunto al Tribunal Constitucional. Esto podría suceder, por ejemplo, ante la interposición de un recurso ante el acuerdo de alguna de las Corporaciones locales de Canarias que, en aplicación del artículo 28.4.c) de la citada norma territorial, revoque a los concejales *no adscritos* la dedicación exclusiva o parcial, así como sus posibles cargos directivos en entidades dependientes de la corporación. Todo ello con la aclaración de que no se interpuso en plazo un recurso de inconstitucionalidad contra esta norma, por los sujetos legitimados para ello.

Otra de las opciones con la que contaríamos para la anulación del precepto sería la de acudir, una vez agotada sin éxito la vía judicial, al Tribunal Constitucional mediante la interposición de un recurso de amparo por vulneración del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos del artículo 23 de la Carta Magna que, ante el planteamiento de dudas sobre la adecuación del precepto de la norma territorial canaria la Constitución, pueda posibilitar que el Tribunal Constitucional eleve esta cuestión al Pleno para decidir sobre la constitucionalidad de la norma.

Si ante estas circunstancias, el Tribunal Constitucional considerara que el precepto citado de la norma es inconstitucional, procedería a anularla y se expulsaría del Ordenamiento Jurídico. Todo ello a salvo de la posible derogación de este apartado normativo por parte del Parlamento de Canarias, que sabemos que está siendo objeto de estudio por el Consejo de Gobierno de Canarias, y que, sin duda, agilizaría notablemente el proceso descrito, a la par que reduciría la inseguridad jurídica producida por las numerosas tachas de inconstitucionalidad que han sido manifestadas por voces más que autorizadas respecto de este artículo de la Ley de los municipios de Canarias. Entre tanto, hasta que estos hechos sucedan, el artículo está plenamente vigente y debe ser aplicado sin excepción por los poderes públicos sometidos al ordenamiento jurídico.



**TERCERA.** *¿Qué consecuencias se derivarían de la resolución de las dos preguntas anteriores si lo aplicamos al caso concreto del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en el que existen dos concejales expulsados de su formación política (suspendida cautelarmente a la espera de sentencia) que ostentan dedicación exclusiva y desempeñan cargos directivos en entidades dependientes de la corporación?*

Ante las respuestas que hemos dado a las preguntas anteriores, resulta evidente que los concejales del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, Zambudio y Lazcano, podrían ser *víctimas* de la aplicación de esta normativa tachada de inconstitucional, pues, si finalmente el proceso judicial que está pendiente en el orden jurisdiccional civil resolviera que su expulsión de CIUDADANOS fue conforme a Derecho y levantara la suspensión cautelar de ésta, el Pleno, con informe favorable de su Secretario General, debería aplicar de forma inmediata el artículo 28.4.c) de la Ley de los municipios de Canarias, con lo que pasarían a ostentar la condición de *no adscritos*, abandonando el grupo mixto y se les revocaría, tanto la dedicación exclusiva que actualmente tienen fijada, como los cargos directivos que recaen sobre ellos de entidades dependientes de la corporación municipal, además de las otras consecuencias derivadas de la aplicación del artículo 73.3 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local.

Y a partir de ahí, correspondería que ejercitaran su derecho a la tutela judicial efectiva, recurriendo esta decisión ante el Poder Judicial, solicitando el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad que, si finalmente se interpusiera y resolviera en el sentido de declarar la inconstitucionalidad del precepto aplicado, resulta prácticamente imposible que temporalmente ocurriera antes de la terminación del presente mandato, provocando de esta forma una vulneración irreparable de su derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, aunque, al menos, salvaría a nuestro Ordenamiento Jurídico de la presencia en su seno de una norma manifiestamente inconstitucional.

Pero decimos con rotundidad que las consecuencias podrían ir más allá si el precepto comentado no se derogara o fuera declarada su inconstitucionalidad, porque seguiría siendo de aplicación en el futuro a otros muchos cargos representativos de los municipios de Canarias, produciendo una situación de inseguridad jurídica que es urgente y necesario abordar.



**CUARTA.** Para concluir, como reflexión final, nos gustaría comentar que, más allá de la vigencia de acuerdos políticos que enfrenten el fenómeno del llamado *transfuguismo* en las instituciones, una práctica que podríamos considerar reprochable desde un punto de vista ético, los juristas nos deberíamos preocupar de aquellas decisiones legislativas que, con la excusa de frenar estas conductas, incurrieran en vulneraciones de los derechos fundamentales, especialmente el de participación en los asuntos públicos en condiciones de igualdad, pues ello ocasionaría efectos irreparables en nuestro sistema democrático.

Debe recordarse que el Tribunal Constitucional ha fijado en su doctrina que los cargos públicos representativos son titulares exclusivos de ese derecho fundamental, que no corresponde a los partidos políticos que los eligen discrecionalmente para conformar las candidaturas de los procesos electorales. Y, sobre todo, debemos tener bien presente que, una vez elegidos, tienen derecho de permanencia en los cargos institucionales que ostentan por el mandato representativo que les ha otorgado la ciudadanía que es, resaltamos, la única que puede retirarles la confianza para que no continúen representándola en las instituciones.

En suma, debemos reiterar que nuestros representantes se deben pura y exclusivamente al mandato expresado por los electores en las urnas, que no están sujetos a mandato imperativo alguno, que están sometidos como todos los ciudadanos y los poderes públicos al Ordenamiento Jurídico en su conjunto y que, por tanto, sus derechos fundamentales deben ser respetados, a salvo de los intereses que pudieran tener los partidos políticos, para garantizar la pervivencia de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.



## 8.- BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CONSULTADAS

### 8.1.- Bibliografía consultada

- ALMAGRO CASTRO, D.: *Democracia y participación política en la CE 1978: repensando paradigmas para una democracia avanzada*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.
- CUERDA MÁS, J.: “Régimen Jurídico de los concejales no adscritos”, *Revista del Centro de Estudios Municipales y Cooperación Internacional*, número 9 (7-31), octubre-noviembre 2010.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L.: “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*, número 9 (110-127), abril-septiembre 2018.
- NAVARRO MARCHANTE, V.: “La revocación de senadores de designación autonómica, (la Ley valenciana 10/2016 y la STC 123/2017)”, *Revista de Derecho Público UNED*, nº 101 (123-157), enero-abril 2018.
- PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- SANTAMARÍA OSSORIO, J.: «El artículo 23», en GARRIDO FALLA, F.: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 2001.
- TAJADURA TEJADA, J: *Los Derechos Fundamentales y sus garantías*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015.





## **8.2.- Jurisprudencia consultada**

- STC 5/1983, de 4 de febrero (BOE núm. 58, de 09 de marzo de 1983)
- STC 10/1983, de 21 de febrero (BOE núm. 70, de 23 de marzo de 1983)
- STC 32/1985, de 6 de marzo (BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1985)
- STC 185/1993, 31 de mayo (BOE núm. 159, de 5 de julio de 1993)
- STC 119/1995, de 17 de julio, (BOE núm. 200, de 22 de agosto de 1995)
- STC 169/2009, de 9 de julio (BOE núm. 193, de 11 de agosto de 2009)
- STC 20/2011, de 14 de marzo (BOE núm. 86, de 11 de abril de 2011)
- STC 9/2012, de 18 de enero (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012)
- STC 30/2012, de 1 de marzo (BOE núm. 75, de 28 de marzo de 2012)
- STC 246/2012, de 20 de diciembre (BOE núm. 19, de 22 de enero de 2013)
- STC 151/2017, de 21 de diciembre (BOE núm. 15, de 17 de enero de 2018)



En Los Realejos (Santa Cruz de Tenerife) a 6 de enero de 2020

**SERGIO SIVERIO LUIS**

**78.647.882.A**

[alu0100887235@ull.edu.es](mailto:alu0100887235@ull.edu.es)



**Facultad de Derecho**  
Universidad de La Laguna

**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

**MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA**

Escuela de Doctorado y Estudios de Posgrado ULL

Facultad de Derecho ULL - Ilustre Colegio de Abogados Santa Cruz de Tenerife

Segundo curso – convocatoria de enero de 2020.